

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

Análisis de la aplicación y proporcionalidad de las penas de las personas jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal

Miguel Ángel Benavides Oleas

Tutor: Pablo Encalada Hidalgo

Quito, 2024

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Miguel Ángel Benavides Oleas, autor de la tesis intitulada “Análisis de la aplicación y proporcionalidad de las penas de las personas jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

6 de enero de 2024

Firma: _____

Resumen

Dentro de la presente investigación se analiza la aplicación y proporcionalidad de las penas concebidas en el Código Orgánico Integral Penal en contra de las personas jurídicas, razón por la cual se aborda la evolución jurídica que ha tenido durante las últimas décadas el tratamiento procesal penal de las corporaciones, iniciando con el estudio del principio *societas delinquere non potest*, muy en boga en el derecho europeo continental y como legado de la pasada colonización difundido en toda América Latina, en el cual se concebía a la persona jurídica como totalmente inimputable en la órbita penal. Sin embargo, con el paso del tiempo y las innovaciones insertas producto de la globalización nació el derecho penal empresarial empapado de primicias, siendo la más importante la concepción de la persona jurídica como sujeto del derecho penal y por ende configurada como un ente jurídico revestido con capacidad y responsabilidad penal para responder por los actos ilícitos cometidos por ella o en beneficio de ella.

Tal transformación normativa revolucionó el tratamiento judicial de la persona jurídica como posible autora del acto injusto, desatando varios conflictos para la administración de Justicia, como la aplicación de penas en su contra dada la dificultad de establecer de manera equitativa la justa sanción, siendo necesario para ello recurrir al principio de proporcionalidad en pro de verificar que la emisión de las penas establecidas en el catálogo penal no se contrapongan a los derechos fundamentales contempladas en nuestra norma constitucional. Con la aplicación tangible de este principio se garantiza a la sociedad en su conjunto una actuación judicial pro al amparo garantista del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que rige el ordenamiento jurídico de nuestro país.

Palabras clave: personas jurídicas, responsabilidad, imputación, penas, derechos fundamentales, fundamentación, ponderación

Este humilde trabajo investigativo lo dedico a mi querida familia, en especial a mi amada esposa Paty, y a mi pequeña consentida, mi adorada hija Renata Rafaela, razones de mi existencia

Agradecimientos

Un agradecimiento especial a quienes sembraron en mí, el deseo de recorrer el sendero profesional, guiado por actos de equidad y de humanidad, para ello el camino abierto por esta casa de estudios es importante en aras de encontrar ese camino, búsqueda que se cristaliza con el acompañamiento de docentes de esta casa de estudios, para ellos mi reconocimiento y gratitud.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero. Antecedentes, concepción y desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	15
1. Antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, del principio del <i>societas delinquere non potest</i> a la imputación objetiva de la empresa.....	15
2. Capacidad de acción y culpabilidad de las personas jurídicas.....	20
3. La imputación a la persona jurídica, las formas de sanción y análisis de las medidas cautelares dictadas en su contra.....	34
4. Responsabilidad penal de la empresa, sus alcances y consecuencias.....	40
5. Responsabilidad penal de los directivos, representantes y subordinados de la persona jurídica, sus alcances y consecuencias.....	43
Capítulo segundo. Desarrollo de los tipos penales y el régimen de las penas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal a las personas jurídicas.....	47
1. Determinación de los tipos penales establecidos en el Código Orgánico Integral Penal a las personas jurídicas.....	47
2. Análisis de la aplicación de las penas establecidas en los tipos penales concebidos en el Código Orgánico Integral Penal a las personas jurídicas.....	53
3. Determinación de las principales incidencias y afectaciones que tendría la implementación de las penas en la estructura de una persona jurídica.....	61
Capítulo tercero. Análisis de la proporcionalidad de las penas impuestas en el Código Orgánico Integral Penal a las personas jurídicas.....	64
1. El principio de proporcionalidad de las penas, breve introducción, concepto y características	64
2. Análisis de la proporcionalidad de cada uno de los tipos penales frente a las sanciones y penas establecidas para cada tipo penal en el COIP	71
3. Determinación si los tipos penales y sus sanciones cumplen con la proporcionalidad que establece el Art. 76 de la Constitución	76
Conclusiones y recomendaciones	92
Lista de referencias	95

Introducción

Resulta innegable que en la actualidad nuestro Ordenamiento Jurídico Nacional ha sufrido una radical transformación desde la promulgación y vigencia de la actual Constitución vigente desde el año 2008, carta magna que ha servido de impulso para la promulgación de nuevos cuerpos legales, como el Código Orgánico Integral Penal, que ofrece al Estado ecuatoriano particularidades dogmáticas y procesales interesantes de ser analizadas.

Años atrás resultaba indiscutible la negativa absoluta de llevar a la persona jurídica al banquillo de acusados como principal autora del acto criminal, dado que en virtud del regente principio *societas delinquere non potest*, éstas estaban exentas de capacidad en el ámbito penal y por ende de responsabilidad penal. De hecho, ante cualquier infracción producida por cualquier persona jurídica, su conducta era evaluada en el ámbito civil, mercantil, societario y hasta administrativo, pero jamás dentro de la órbita penal, porque era totalmente inimputable.

El principio *societas delinquere non potest* muy en boga en el derecho europeo continental, fue cediendo paso al naciente derecho penal empresarial, sobre todo por la tendencia social de constituir personas jurídicas con la proterva intención de delinquir, amparándose en su inimputabilidad como medio de impunidad.

Muchas empresas transnacionales asidas de la inimputabilidad de las personas jurídicas observaron en su estructura jurídico-legal el escudo protector ideal para cubrir su actividad delincencial de gran calado que irradiaba gran malestar social; inobservando bienes jurídicos protegidos por el Estado y que giraban por ejemplo en el bienestar y vida de los menores de edad, al combatir la pornografía y prostitución infantil, el turismo sexual, el narcotráfico, el lavado de dinero, el enriquecimiento ilícito, la defraudación, el cohecho, etc.

Razón por la cual tanto en el derecho europeo continental como en el del mundo entero germinó la posibilidad legal y jurídica de configurar la capacidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas con miras de evitar el mal uso de su pasada inimputabilidad.

Hoy a nivel mundial, la persona jurídica goza de absoluta capacidad y responsabilidad penal, por lo que, puede ser llevada legítimamente a un juicio penal cuando ha delinquido. Sin embargo, a pesar de las innovaciones legales, jurisprudenciales

y doctrinales emprendidas para cubrir todas las inquietudes provenientes desde diversos sectores judiciales subyacen cuestiones técnicas como la debida proporcionalidad de la actividad sancionadora del Estado.

Resulta un desafío para la administración de Justicia establecer parámetros claros para incoar de manera independiente la correspondiente sanción y pena en contra de las personas naturales que dan vida a la persona jurídica; y, en el mismo nivel penalizar adecuadamente la actividad ilícita de la persona jurídica concebida de manera autónoma. Por lo tanto, la Administración de Justicia en todo su conjunto debe recurrir a principios jurídicos universales como el de proporcionalidad para establecer de manera justa y debidamente fundamentada la correspondiente sanción, tanto en contra de las personas naturales como en contra de la persona jurídica.

Pero es de subrayarse que la solidaria contribución del derecho constitucional con el derecho penal empresarial, no siempre es ideal, ya que por las connotaciones individuales de cada caso siempre existen aspectos técnicos que deben ser atendidos de manera muy puntual, por lo que es necesario realizar estudios que vayan en razón de buscar dicha finalidad. Razón por la cual, la presente investigación tiene la finalidad de exponer consideraciones constitucionales, legales, doctrinales y jurisprudenciales tendientes a solventar las posibles dudas que pueden devenir en el enjuiciamiento de la actividad ilícita de las personas jurídicas, puntualmente aquellas que versan sobre la adecuada proporcionalidad de las penas fijadas en su contra.

Capítulo primero

Antecedentes, concepción y desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. Antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, del principio del *societas delinquere non potest* a la imputación objetiva de la empresa

La teoría clásica del derecho penal contempla el carácter sancionador de la ley penal, en la que el presupuesto de que solo la persona natural es susceptible de ser reprimida penalmente, en base a los principios de acción, culpabilidad y personalidad gobierna; en este sentido, Zúñiga Rodríguez comenta que, la acción penal como piedra angular de la construcción de la dogmática, anteriormente partía de reconocer como relevante la conducta de la persona como ente individual como persona física. De hecho, la antijuricidad se centraba en la infracción de la conducta de manera personal y la culpabilidad fundamentaba su reproche en el no haber actuado de otro modo, determinando que, establecía que la pena para cumplir sus fines debía ser personal, bajo cuyos presupuestos era imposible encajar a la persona jurídica como sujeto de responsabilidad penal.¹

Uno de los postulados en los que se ha basado el desarrollo del derecho penal es la inimputabilidad de la persona jurídica, ya que el criterio que se ha impuesto es que, la persona jurídica al carecer de voluntad, no puede ser objeto de responsabilidad, por tal motivo, se determinó de manera generalizada que solo la persona natural era capaz de realizar acciones con conciencia y voluntad, mereciendo la imposición de una pena por el acto injusto cometido.

Posición que tuvo una respetable vigencia por varias décadas, de hecho, Luis Jiménez de Asúa, determinaba que solo el ser humano, es decir, las personas naturales, eran capaces de cometer actos reprochables en el ámbito penal, siempre que reunían puntuales requisitos cognitivos y volitivos, por lo que únicamente ellos merecían la atribución de una pena.

Punto de vista que también fue sustentado por José Miguel Zugaldía, quien

¹ Laura del Carmen Zúñiga Rodríguez, *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho y Proceso Penal* (Navarra: Número 3. Editorial Aranzadi, 2000), 20

determinaba que los conceptos fundamentales de la dogmática penal, entiéndase la conceptualización de acción, culpabilidad y pena, se configuraban sobre la base de la idea preconizada por el derecho penal clásico, que colocaba al individuo como único sujeto de atribución de una sanción en el ámbito penal².

En cambio, Feijoo partía manifestando que los estudios que se han formulado sobre las modernas formas de criminalidad organizada en una empresa, han determinado que por sus intrincadas estructuras organizacionales plantearían serios problemas en el momento de imputar el hecho antijurídico a una persona jurídica en particular, llevando a establecer que la verdadera cuestión a dilucidar no sería determinar si la organización puede ser sujeta de imputación, el gran inconveniente sería determinar la legitimidad de la imposición de una pena al ente ficticio, cuando no tiene capacidad para decidir por sí misma, ni se ha planteado el reconocimiento de alternativas de actuación con respecto a las decisiones de sus autoridades o de las personas que actuarían a su nombre.

Por lo expresado, es fácil colegir que, uno de los grandes problemas que ha tenido que afrontar la doctrina penal es determinar la imputabilidad y sanción de las personas jurídicas. Sin embargo, cabe anotar que frente a la interrogante ¿Se pueda atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica? La elocución latina *societas delinquere non potest*, que se traduce como: “una sociedad no puede delinquir”, manifestaba que resulta imposible sancionar penalmente a las personas jurídicas, dado que las personas naturales que le dan vida gozan de independencia e individualidad respecto de la misma.

Históricamente, la aplicación de esta elocución latina, comienza desde hace muchos años atrás, ya que en el Medioevo y hasta finales del siglo XIX, regía la concepción de que los entes colectivos o corporaciones -personas jurídicas- no podían ser penalmente responsables de delitos, con el paso del tiempo, la comentada concepción se flexibilizó, pues permitió que entes colectivos como los municipios, las comunas, las congregaciones religiosas y las universidades sean sancionados, por delitos que tenían implicaciones locales, en los que se consideraba la afectación a quien ostentaba el poder político, imputándoles el cometimiento de conductas consideradas como atentado grave contemplando la aplicación de penas, aparte de las sanciones pecuniarias, también se

² ³José Miguel Zugaldía Espinar, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español. Estudios de Derecho Penal homenaje al profesor Miguel Bajo, Coordinado por Silvina Bacigalupo*, Editorial Porrúa 2016), 693-714

determinaban penas como la toma de rehenes, saqueo de ciudades, supresión de privilegios, etc.³

Según Abanto Vásquez, el primer teórico de la doctrina *societas delinquere non potest* fue el Papa Inocencio IV, dado que, en el Concilio de Lyon de 1245, defendió la tesis de que las *universitas* (entes colectivos), no tenían capacidad para cometer delitos y por lo tanto era imposible su excomunión.

Posteriormente a principios del siglo XIX, las leyes penales comienzan a determinar de manera taxativa o literal, que las personas jurídicas no tienen responsabilidad criminal en sus actuaciones debido a que se difunde la teoría de la culpabilidad individual como eje de la imputación penal, razón por la cual, la sanción a las personas jurídicas se realizó bajo campos jurídicos diferentes, como el civil y/o el administrativo, teniendo como norte los perjuicios irrogados sobre la sociedad.

De esta manera, el derecho penal se limitó a castigar a las personas naturales, mientras que en el derecho civil, se encargó de generar las respectivas indemnizaciones por dichos daños, coyuntura que coadyuvó a descriminalizar la responsabilidad colectiva sobre la base de las ideas individualistas del siglo de las luces, con el ánimo de favorecer el desarrollo económico⁴

Más adelante, en la ciencia penal alemana de finales del siglo XVII, el profesor alemán Alfred Malblanc, dio un gran impulso al principio "*societas delinquere non potest*", con su análisis denominado "*Observationes quedam ad delicta universitatum spectantes*" (algunas observaciones a las corporaciones en busca de transgresiones a la ley).

Posteriormente a partir del siglo XIX, los doctrinarios alemanes fueron reconociendo la validez de dicho principio, en ese grupo destaca Friedrich Karl Von Savigny, quien basándose en el pensamiento de Inocencio IV, difundió "la teoría de la ficción".

Friedrich Karl Van Savigny confecciona su tesis sobre las personas jurídicas, también conocida como la "Teoría de la Ficción Jurídica", siguiendo el concepto del derecho subjetivo, pues define a la personalidad jurídica a partir de la capacidad de las personas naturales, como resultante de un artificio legal que la ley elabora por razones de conveniencia, recurriendo entonces a una ficción⁵

³ Giorgio Marinucci, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático*, (Editorial C&P, Santiago de Chile: ISBN 978-84-96261), 1177.

⁴ José Hurtado Pozo e Iván Meini Méndez, ed. 2001, *Las personas jurídicas frente al Derecho Penal peruano*, (Valencia: Civitas, 2001), 73.

⁵ Federico de Castro y Federico Bravo, *La persona jurídica* (Madrid: Civitas, 1991), 137.

Teoría que se sostenía en el criterio de que las personas jurídicas son personas sin capacidad de acción y, por lo tanto, sólo se trata de una ficción creada por el derecho para la obtención de determinados fines. Esto es producto de la idea del sujeto individual. A partir de esta misma concepción se elaboran las categorías dogmáticas de la acción y de la culpabilidad y, por lo tanto, no pueden estar compuestas sino por los elementos que ese sujeto contenga⁶. Apoyados en la teoría de Savigny, se observa un crecimiento de la aplicación del principio “societas delinquere non potest”, desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, pese a que se comenzaba a determinar una notoria expansión de las empresas y su influencia en las actividades sociales, de una colectividad que comenzaba a ver con preocupación cómo se incrementaban las actividades ilícitas en las que intervenían empresas o sociedades; pero todavía en el derecho penal europeo continental se seguía aplicando el principio de irresponsabilidad de los entes colectivos.

En el mismo sentido Cerezo Mir determina que “las personas jurídicas no son una mera ficción, sino que tienen realidad propia, pero distinta de las personas físicas. No obstante, de ello la persona jurídica no tiene una conciencia y una voluntad en sentido psicológico y similar, por tanto, a la persona física; y a partir de ahí infiere su carencia de capacidad de acción y de omisión en el sentido del derecho penal. Por lo que sostiene que la acción consiste en el ejercicio de una actividad finalista, en el pautado desarrollo de una actividad dirigida por la voluntad a la consecución de un fin, en tanto que la omisión por la cual solo puede ser sujeto de delito el ser humano⁷”

Dicha concepción también fue desarrollada también por Welzel, quien negaba capacidad de culpabilidad a las corporaciones, pues el objeto primario de reproche de culpabilidad es la voluntad y únicamente a través de ella también capacidad de acción, en tal sentido solo puede establecerse culpable al individuo dotado con una voluntad, no una asociación o cualquier persona colectiva⁸

Por entonces va tomando gran impulso la teoría de la realidad de las corporaciones planteada por Otto Von Gierke, quien en su obra *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, (El derecho corporativo alemán), plantea la negativa de que sólo los seres humanos puedan tener personalidad jurídica, pues cuando el derecho atribuye capacidad jurídica a los grupos organizados, no hace más que reconocer la realidad jurídica.

⁶ Rafael Berrueto, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, (Buenos Aires: Editorial B de F Ltda, 2007), 12.

⁷ Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español*, (Madrid: Editorial Tecnos, Tomo II, 1998), 68

⁸ Welzen Hans, *Derecho penal alemán. Traducida de la 11ª edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 167.

Para Gierke “la persona jurídica no existe al lado o en frente de, sino en y a través de sus miembros, por lo tanto, no son entes incorporales o sin vida, pues obtiene vida mediante la relación jurídica que entablan entre las personas vivas y capaces”. Establece que son producto de nuestra imaginación, no son productos de la naturaleza como las personas naturales, pero el derecho ha reconocido personalidad a su favor, es decir capacidad para ser sujeto de derecho, tanto a los individuos de la especie humana, como a los entes organizados, teniendo entonces a la persona-asociación como una persona real y equiparable a la persona natural”.

Teorías que tienen puntual acogida en el derecho anglosajón, principalmente en Inglaterra en donde la aplicación predominante de la teoría de la ficción, se recogía en la irresponsabilidad penal de la persona jurídica, desde mediados del siglo XIX, pues el legislador inglés dio reconocimiento legislativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas recién en 1889, al emitir la “*Interpretation Act*”, (Ley de interpretación), en la cual se aclaró que el término *person* utilizado en textos anteriores debía incluir a las corporaciones, salvo intención contraria de la ley⁹

Innovación normativa que fue recogida también en sus colonias, pero es en EE.UU. en donde luego del gran impulso industrial acontecido a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se determina la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las corporaciones, emitiéndose varias leyes como la *Sherman Act* de 1890, la *Elkins Act* de 1903, la *Federal and Drugs Act* de 1906, leyes que en su conjunto fueron acogidas por la Corte Suprema de Justicia al contemplar como realidad el hecho de que la mayoría de las transacciones comerciales en el territorio nacional eran realizadas por las denominadas *corporations*, determinándose la necesidad de implementar una amplia legislación penal para el control efectivo de las personas jurídicas y evitar abusos en las actividades corporativas que deriven en delitos¹⁰. Franz von Lisszt, permite que aterrice la epistemología sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante su Manual de Derecho Penal, donde contempla las bases de introducir en la legislación la responsabilidad penal de las personas colectivas.

En el siglo XX en la europea continental, se comienza a analizar enfoques distintos

⁹ Enrique Gimbernat Marinucci, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático en estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, (Madrid: Universidad Complutense, 2008), 1185.

¹⁰ Enrique Gimbernat Marinucci, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático en estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, (Madrid: Universidad Complutense, 2008), 1186.

a los tradicionales, esto es, la implementación de estudios y análisis para determinar la casuística de los delitos cometidos en esferas del funcionamiento del sistema económico, germinándose lo que se conoce como derecho penal económico, como una subdisciplina del derecho penal general, dentro de la cual se analiza la implementación de tipos penales vinculados con actividades emanados en el ámbito económico y financiero, en donde sin duda se comienzan a analizar los actos de las empresas o entes colectivos, contemplándose el cometimiento de infracciones determinadas en las normas penales, los cuales fueron implementándose por la necesidad de sancionar su cometimiento y el establecimiento de responsabilidades, sean estos de sus representantes o directivos, pero también se vio la necesidad de establecer responsabilidad directa a los entes colectivos como tales, estableciéndose las sanciones correspondientes, con lo que se fue discriminando la aplicación del principio *societas delinquere non potest*.

2. Capacidad de acción y culpabilidad de las personas jurídicas

En esencia, la culpabilidad entendida como reproche penal sobre la acción u omisión antijurídica del agente activo y el establecimiento de una pena concebida sobre la retribución frente al acto violatorio de bienes jurídicos protegidos penalmente, son ejes argumentativos de quienes defienden la teoría de la inimputabilidad de la persona jurídica.

Dentro de la doctrina jurídica cuando se analiza el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre se determina que el desempeño del ente ficticio como tal no se compagina con la aplicación de las instituciones jurídicas de la acción, culpabilidad y pena, pues se ha determinado que no es posible aplicar a los delitos cometidos en el ámbito de la empresa los criterios de imputación generalmente admitidos en materia de autoría y participación.

Debemos considerar que es difícil establecer judicialmente el nexo entre la acción y el proceso de atribución de la responsabilidad penal en la expresión de la voluntad de la persona jurídica, a través de sus órganos de decisión y administración, sin poderse puntualizar quienes responden penalmente: quienes ejecutan o quienes perfeccionan sus conductas como consecuencia de un procedimiento de descripción y autorregulación, propios de los espacios de toma de decisiones, que caracterizan al ente ideal. Lo complejo que resulta la forma de organización de una empresa, de una forma más o menos jerárquica, la atomización de los procesos de división y de ejecución, en virtud de la diferenciación de funciones en base a una

determinada división y organización del trabajo¹¹, hace que la individualización de las personas físicas responsables de los delitos cometidos en una corporación, sea una tarea que requiera de métodos más complejos de imputación, que si esa tarea se desarrollara fuera del ámbito de un ente colectivo.

Situación que también se presenta al tratar de establecer responsabilidades a las personas naturales en casos del denominado delito empresarial, cuando se utiliza a la empresa como instrumento de su cometimiento.

El imputar el cometimiento de un tipo penal, a título de autoría y participación, en actividades ilícitas desarrolladas en ámbitos empresariales, contempla complejidades por cuanto establecer la responsabilidad como autor del ilícito al ejecutor directo del mismo, no siempre tiene que ver con el que comete el acto, es decir, con quien tenga una figura de autor principal, caracterizado por su intervención inmediata en la ejecución del delito, que en este tipo de delitos se trata generalmente de un funcionario de mediana o inferior jerarquía, estableciendo dificultades para la imputación como autor a quien realmente es el planificador y quien toma la decisión de cometer el acto, quien sería el que emite las disposiciones necesarias para entrar a funcionar la estructura del ente en el cometimiento del delito, dando forma a disposiciones compartidas, roles diferenciados, diferentes formas de emitir y acatar las disposiciones, diseñando sofisticados mecanismos de ocultamiento de sus acciones, con lo cual quien verdaderamente debería ser imputado como autor del ilícito queda al margen de la imputación, siendo necesario entonces plantear diferentes formas de determinar la autoría y participación en delitos cometidos por personas jurídicas, a las tradicionales formas de imputación contempladas en la doctrina y praxis del derecho penal.

Debiendo considerar la existencia de empresas organizadas jerárquicamente, en las que existe una adecuada delegación de funciones y de división organizada de trabajo, observándose que se puede generar una delimitación entre la ejecución del hecho ilícito en la actividad del ente y quienes realmente poseen de última ratio la responsabilidad de decisión del acto; en ese contexto, el último en actuar se ha considerado que no tendría relevancia jurídico penal, sino que, es más importante determinar el que puede haber tomado la decisión definitiva en la ejecución del hecho o en no haber adoptado las medidas adecuadas para impedir el cometimiento del hecho.

Se ha propugnado en la dogmática de la autoría y participación un cambio de

¹¹ Bernardo Feijoo Sánchez, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, (Madrid: Reus, 2007), 131.

paradigma en la forma de establecer la responsabilidad en los hechos delictivos cometidos en la empresa, no solo atribuyendo la autoría a quien ejecuta directamente el hecho, sino a quien ostenta verdaderamente la dirección del ente ideal, en ese sentido siguiendo lo que ha establecido Feijoo Sánchez¹², podemos contemplar dos modelos de configuración de la autoría y participación, el primer modelo de abajo hacia arriba; es decir, comenzando a establecer una responsabilidad preferente como autor, a los ejecutores materiales del hecho, extendiendo una responsabilidad lejana a la realización del acto como partícipes a quienes deciden realmente su ejecución, siendo éstos ejecutivos o directivos de la empresa.

Mientras que el segundo modelo establece como inicio a la responsabilidad preferente de los administradores o directivos de las empresas, ampliando en ciertos casos y bajo ciertos parámetros a los mandos intermedios, los encargados y los demás empleados o trabajadores del ente ideal.

La cuestión cierta es la construcción dogmática de soluciones concretas debidamente fundamentadas para realizar una imputación directa como autor a quienes ocupan niveles superiores de la administración o gobierno de la empresa, pues en el cometimiento del acto ilícito puede establecerse la participación de varios sujetos, debiendo determinarse claramente la imputación de la autoría y participación a cada uno en sus distintos niveles y en sus distintas categorías.

Bajo dicho panorama se ha establecido la necesidad de formular nuevas construcciones dogmáticas para establecer una imputación directa a la persona jurídica, las cuales pasamos a analizar seguidamente:

- 1.- Autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder, propuesta emanada por Claus Roxin, en aras de determinar la responsabilidad penal y la imputación correspondiente a un ente organizado y no solo a sus directivos y peor solo a sus subalternos; teoría en la cual formula la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, en la cual se establece que quien está conectado con un aparato organizado en cualquier lugar y de una manera que pueda impartir órdenes a sus subordinados, es autor mediato, en virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometan hechos delictivos, siendo irrelevante que actúe por propia iniciativa o por encargo de las más altas instancias del ente ideal.

¹²Bernardo Feijoo Sánchez, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 151

El citado célebre autor alemán ha establecido que la intervención en un delito a título de autor, se presenta en tres formas de dominio del hecho, la primera como dominio de la acción, en el caso de la autoría única directa; la segunda mediante el dominio de la voluntad, en el caso de la autoría mediata; y la tercera, como el dominio del hecho funcional, característica de la coautoría. Determina Roxin, que en el caso del dominio de la voluntad, se pueden asumir tres modalidades distintas: “mediante la utilización de un agente no libre, es decir, ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor (...) también, si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error (...) asimismo, si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como la que existe en la relación con menores o enfermos mentales (...) además, en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso...”¹³, entonces el autor alemán, establece como especies del dominio de la voluntad, al dominio de la coacción, por error, por la utilización de inimputables y menores o en virtud de aparatos organizados de poder, también llamado dominio por organización.

Entonces se plantea la necesidad de establecer una nueva forma de dominio de la voluntad; en primer lugar, delimitando en los casos de dominio de la organización sea por error o por coacción, los cuales no pueden aplicarse en el caso de la tercera modalidad del dominio de la voluntad, esto es el dominio por organización. El cual contempla la existencia de un autor inmediato plenamente responsable que pueda ser considerado como el sujeto de atrás, quien se constituye en el autor mediato del hecho, ya que la autoría se fundamenta en el dominio completo del aparato organizado del ente, en el que el ejecutor ingresa; entonces el agente mediato y el tercero intermediario pueden ser responsabilizados penalmente como autores, en ese caso nos encontraríamos, como lo determina Roxin en el caso del “autor detrás del autor”¹⁴. Entonces para poder hablar con propiedad de un dominio del hecho del denominado hombre de atrás, que se basaba en el control de su ente, Roxin, exigía el cumplimiento de ciertos requisitos en su concepción inicial: a) una estructura fuertemente jerarquizada a través de un aparato organizado de poder; b) la intercambiabilidad de los ejecutores individuales como piezas sustituibles del engranaje; y, c) la desvinculación de la organización como un todo del

¹³ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Traducción de la séptima edición alemana*, (Madrid: Marcial Pons, 2000) 164

¹⁴ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 107.

cumplimiento de la normativa jurídica¹⁵.

En ese sentido siguiendo lo expresado por el referido autor, se puede determinar que miembros de una organización fuertemente jerarquizada, que no pueden dejar de ser responsables individuales de los delitos cometidos, al ser elementos intercambiables de la maquinaria del ente, no podían negarse a dar cumplimiento a las órdenes recibidas, sin poder impedir que los superiores jerárquicos dejaran de realizar el acto ilícito, controlando el resultado típico a través del aparato organizado, sin considerar a la persona que lo ejecuta, estableciéndose quien tiene el dominio de la decisión; y por lo tanto, se lo imputaría como autor mediato¹⁶, contemplando entonces a la intercambiabilidad del ejecutor como el factor decisivo para determinar el dominio de la voluntad en dichos casos, pues se ha establecido que dentro de la organización ni siquiera el decisor tendría que conocer al ejecutor, pues las ordenes emanadas se entiende serían cumplidas, sin importar quien mismo las realice.

Consecuentemente el hombre de atrás se convertiría en el verdadero protagonista del hecho, en la figura central del suceso, a pesar de la lejanía respecto del mismo, precisamente esto caracteriza el dominio de la organización, pues la pérdida de proximidad del hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato¹⁷.

Este criterio de intercambiabilidad de quienes ejecutan el acto ha sido blanco de duras críticas, pues no solamente se habla del número ilimitado de personas que pueden ser fácilmente intercambiables, debiendo considerar que en el momento de emanar la orden se pueda realizar fácilmente el reemplazo del ejecutor, hecho que no condiciona dicho requisito, pues la facilidad del intercambio, también debería darse antes de la ejecución del hecho, al existir personas dentro de la organización que deseen realizar el hecho suplantando a quien inicialmente iba a realizarlo, con lo cual se garantiza que quien tiene el dominio del hecho, tiene garantizada la realización de sus planes, independientemente de quien sea el que lo realiza, por la organización del ente.

Con relación a este criterio, tenemos lo señalado por Hernández Plasencia, quien afirma “que la fungibilidad es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata. En efecto, si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es que

¹⁵ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 110

¹⁶ Claus Roxin, *Revista Penal No. 2*, (Barcelona, 1998) 61

¹⁷ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 274

la influencia que está recibiendo a esa orden es constitutiva únicamente de inducción. No puede afirmarse que el hecho desde su raíz responda a una autoría del sujeto de atrás porque lo que debe valorarse es el caso concreto y si bien puede ser cierto que los ejecutores pueden ser fácilmente reemplazables, si alguno se puede negar libremente, como lo debe estar antes de recibir la orden, ya evidencia que no estamos ante un dominio de la decisión de los dirigentes; el dominio lo tendrán sobre la organización, pero no sobre los que ejecutan materialmente la acción; la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás¹⁸.

Otra de las caracterizaciones fundamentales en lo que denomina dominio de la organización es la existencia de una estructura jerárquica, la cual en los tiempos actuales no requiere la presencia de una estructura concentradora de poder, ante lo cual se critica en la teoría del autor alemán que para la configuración de los aparatos organizados de poder se requieran estructuras organizativas jerárquicas, con delimitación de funciones y organigramas debidamente definidos, las cuales no siempre se cumplen en los actuales vademécum organizativos empresariales, pues se observa ingentes niveles desconcentrados en la toma de decisiones y la determinación de disposiciones en aras de efectuar una adecuada división prefijada de competencias en el ente empresarial, hace que en la actualidad no se pueda cumplir adecuadamente dicho requisito contemplado por Roxin.

El determinar que los aparatos de poder se constituyan en organizaciones que funcionen absolutamente al margen del ordenamiento jurídico ha sido también objeto de reparos en el ámbito empresarial, pues encontrar un ente ideal que se haya constituido u opere al margen de su normativa pertinente es muy difícil, lo cual no ha impedido a determinar la posibilidad de aplicar dicha forma de autoría a dichos casos, a pesar de las reiteradas afirmaciones de Roxin en contra de la aplicación de dicha tesis en el ámbito empresarial.

Es necesario distinguirse en el ámbito empresarial la existencia del concepto de asociación para delinquir, en la que se tiene por objeto la comisión de algún delito en beneficio del propio ente o de sus directivos, la actuación sea por parte de los miembros, no necesariamente en beneficio de la propia organización, pues en ocasiones puede incluso verse perjudicada, en el primer de los casos se podría establecer que se encuentra actuando fuera del ordenamiento jurídico, ya que su estructura ha sido utilizada para la

¹⁸ Hernández Plasencia J, *La autoría mediata en Derecho Penal*, (Granada, Comares, 1996) 275.

realización de un acto delictivo, ante lo cual se podría establecer que se cumplen con los requisitos del dominio por organización al considerarse un aparato organizado de poder. En ese caso el directivo del ente ideal que emana disposiciones a un miembro de la organización de rango inferior para que cometa un delito, pueda determinarse que por la actitud delictiva del ente y del poder de mando del directivo, además de la disposición de cumplir las órdenes, se podría convertir en autor mediato del hecho realizado por el autor material.

En referencia al ámbito empresarial, autores como Berruezo han determinado que el hecho de que la empresa se constituya para desarrollar una actividad lícita le retiraría, siempre que se tratase de la realización de un delito, el automatismo de funcionamiento exigido para el dominio de la organización¹⁹, argumentación que se enlaza con la característica de que el ente como un todo interviene al margen de la normativa.

Debiendo tenerse en cuenta que en los casos de una organización fuertemente jerarquizada y con numerosos miembros dispuestos a ejecutar las órdenes procedentes de la cúpula la emisión de una orden por parte de quien ocupa el vértice de la organización se constituye en factor decisivo para la realización del delito. De esta forma, el hombre de atrás posee un dominio del hecho al menos igual que el que se comprueba en situaciones que unánimemente se incluyen en la autoría mediata, como ocurre cuando la persona utilizada como instrumento es un inimputable o actúa en estado de error o bajo coacción²⁰.

Debemos considerar que han existido voces doctrinarias que han construido argumentaciones que denostan lo expuesto por Roxin, estableciendo fundamentaciones diversas, una de ellas es la planteada por Herzberg, quien critica que se haya respetado el denominado principio de responsabilidad, el cual no permite apreciar la autoría mediata con un instrumento de excepciones a dicho principio, en el caso del dominio de la organización, en el cual existe un autor mediato detrás del autor inmediato responsable, por lo que propone diferenciar dos aspectos distintos, el que el ejecutor debe soportar la plena responsabilidad por el delito que comete a las órdenes de otros, pero si participa en un aparato de poder en funcionamiento es considerado, desde ese

¹⁹ Berruezo R, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación Jurídico-penal sobre la base de roles*, (Montevideo-Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 2007) 106 y 107.

²⁰ Figueiredo Días J, *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada*, (Huelva, Universidad de Huelva, 1999), 102.

punto de vista, un mero instrumento, independientemente de que responda plenamente del delito que le ha sido ordenado²¹.

Fundamenta dicho autor la excepción a la aplicación del principio de responsabilidad que supone la admisión de la autoría mediata por dominio de la organización, en la intercambiabilidad de los miembros de la cadena, al entender que la libertad de decisión de quien recibe la orden no afecta al dominio del hecho por parte del hombre de atrás puesto que el instrumento en sentido estricto no es la persona que ejecuta la orden, sino el mecanismo de poder que funciona de manera casi automática, sin que pueda ser detenido por la negativa de actuar de uno de sus miembros, debiendo establecerse que para Herzberg, a diferencia de Roxin, el instrumento no es la persona individual que ejecuta la acción, sino un mecanismo de poder de funcionamiento automático, un verdadero aparato que sigue funcionando aunque el individuo se niegue a intervenir²².

En este punto, también es importante tomar en cuenta lo expuesto por Kai Ambos, quien considera necesario poner en entredicho las reglas tradicionales del Derecho penal del individuo cuando se trata de supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de este tipo de conductas, al afirmar “la circunstancia de que el hombre de atrás -a diferencia de los casos normales de autoría mediata -no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional (como autor de escritorio, emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.); dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un injusto de organización en lugar de un injusto individual²³; por consiguiente, para contemplar la imputación es relevante que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás, ya que el dominio de la organización determina que por dicho medio se tendrá un dominio del ente, en virtud del poder de decisión de los entes directivos y la disponibilidad de los recursos humanos de la organización, pues la autoría mediata del hombre de atrás puede concluir solamente cuando no se configuren los presupuestos del denominado dominio por organización²⁴”

²¹ Luis Arroyo Zapatero, Carlos Lascano y Adán Nieto Martín, Directores, *Derecho penal de la empresa. Del Derecho penal económico del Estado social al Derecho penal de la empresa globalizado*, (Buenos Aires, Ediar, 2012), 242.

²² Arroyo Zapatero, *Derecho penal de la empresa*, 243.

²³ Ambos Kai, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001)

²⁴ Ambos, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad*, 147.

Kai Ambos determina que es necesaria la existencia de una estructura debidamente organizada, en cuyo interior se efectúe una asignación de roles entre sus miembros, situación que va a determinar una actuación de forma autónoma e independiente individualmente por cada uno de sus miembros. Manifiesta el autor alemán que la asignación de roles dentro de la organización se realiza por parte del nivel directivo, se ejecuta de forma vertical, situación que la distingue de la coautoría, debido a que, en esta última, la división del trabajo se realiza de forma horizontal. Recalca que la determinación de roles asegura el funcionamiento de la organización ya que el nivel estratégico superior domina el hecho por sobre los autores directos. Dicho autor contempla que no se hace necesaria la existencia de órdenes explícitas cuando los actos cometidos por los autores directos, se encuadran dentro de los objetivos de la organización, concluyendo que se constituye en algo irrelevante quien ejecuta las órdenes, pues la actuación de los ejecutores se encuentra garantizada.

Kai Ambos manifiesta que la dogmática no ha delimitado aún hasta qué nivel de jerarquía, dentro del aparato de poder organizado se puede asumir el control del hecho; por lo tanto, no se ha resuelto el problema de calificar como autor mediato por dominio del aparato de poder organizado a los mandos medios de la organización. Recalca que tanto Roxin como los tribunales alemanes han extendido la autoría mediata a los mandos medios, quienes no solo se limitan a recibir órdenes del nivel estratégico superior, debido a que, se considera que dichos mandos poseen cierto poder para emitir órdenes a sus subordinados. El citado autor alemán contempla que la autoría mediata se efectiviza siempre y cuando las personas que han emitido las órdenes tengan la jerarquía y poder de mando suficiente para que sus órdenes no pueden ser neutralizadas o anuladas; dominando la estructura de poder organizada.

Por último en recientes publicaciones Roxin²⁵ ha considerado una ampliación a su teoría original a nuevas formas de criminalidad, renunciando al tercer requisito de su teoría original, esto es que la organización se encuentre fuera del ordenamiento jurídico; en ese sentido Kay Ambos refiriéndose al replanteamiento planteado por Roxin, señalaba que la desvinculación al Derecho de tales aparatos de poder no se pueden excluir ciertamente, pero no se constituyen en un presupuesto indispensable del dominio de la organización. También Ambos negaba la posibilidad de la traslación del dominio de la organización característico del crimen organizado de carácter mafioso al ámbito de

²⁵ Claus Roxin, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada en Ferre Olivé/Anarte Borrall. Delincuencia organizada. (Huelva, 1999), 191.

la empresa, pues determina que deben constituirse en verdaderos aparatos de poder que pretendan alcanzar o superar ese poder y se encuentren debidamente dotadas de una estructura organizativa y jerarquizada estrictamente, situación que si podríamos encontrar en empresas o entes societarios que realizan actos reñidos con la ley, en los cuales se determinaría una responsabilidad penal en base a un dominio funcional y sistemático de la organización, por parte de sus órganos directivos o administrativos que imparten órdenes que los subordinados naturalmente las cumplen.

2.- Teoría de la existencia de una coautoría vertical entre el subordinado y su superior, que se ha emanado en virtud de las dificultades para determinar como instrumento de otro a un sujeto que realiza sus actos de un modo eminentemente responsable.

La coautoría como la autoría mediata, se ha establecido es una forma de autoría, ya que traslada a cada uno de los intervinientes el conjunto de condiciones exigidas para satisfacer los presupuestos para su existencia. La coautoría igual se estructura sobre la base del dominio del hecho, tratándose en este caso de un dominio común o compartido, pues las decisiones institucionales de dos o más sociedades acuerdan la realización de un hecho según el plan convenido, en el cual la división funcional externa es un componente esencial; encontrándose en la coautoría, dos elementos constitutivos, el compromiso contraído por cada una de las unidades, lo que significa el conocimiento recíproco de la actitud de la otra y la cooperación en la ejecución de la obra en común.²⁶

En ese sentido teniendo en cuenta la propuesta de Muñoz Conde, quien en contra de la propuesta de Roxin, que limita el dominio funcional del hecho a aquellas aportaciones de carácter esencial que, en virtud de un acuerdo recíproco, se producen en la fase de ejecución del hecho; mientras que, para el doctrinario español “la intervención en la fase ejecutiva no es un requisito imprescindible para la existencia del (con-) dominio del hecho que, en su opinión, caracteriza la (co-) autoría, sino un simple residuo de la, a su entender, completamente errónea teoría objetivo-formal²⁷, considerando como autores a quienes asumen roles fundamentales en la realización del hecho delictivo, teoría que indica se puede aplicar en casos de responsabilidad en las entes empresariales sometidas al ordenamiento jurídico.

²⁶²⁶ David Baigún, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (Ensayo de un nuevo modelo teórico). (Buenos Aires, Depalma, 2000), 209.

²⁷ Francisco Muñoz Conde, *Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho*. (Huelva, Editorial Universidad de Huelva, Revista Penal No. 6) 11.

También es necesario considerar que al existir un denominado dominio del hecho, en el que ya no prepondera un dominio fáctico, real o empírico del hecho, al momento de estar desempeñando un determinado papel o rol en la sociedad, es decir, cuando se está ocupando una determinada posición de deber o ejerciendo una determinada competencia; contemplándose la existencia de varios criterios, así pues para Schlosser la clave para superar los reparos que se derivan del principio de responsabilidad se encuentran en la posición del hombre dominante en la jerarquía de la organización, pues el que por jerarquía se encuentra subordinado, sujeto a una restricción en su libertad, ya que el superior se presenta en forma autoritaria; otros en cambio fundamentan la coautoría en el carácter conjunto de las aportaciones realizadas en los distintos niveles de la organización en cuanto a los efectos producidos en el exterior de la misma. En ese mismo sentido Feijoo Sánchez contemplaba que “la existencia de la organización es lo que le otorga un sentido conjunto a una serie de acciones sucesivas en el tiempo que tiene que ver con el output lesivo de dicha organización; por ello, determina que cerrada la vía de esta extraña forma de ver la autoría mediata, no veo grandes inconvenientes dogmáticos para poder afirmar la existencia de una coautoría que consista fenomenológicamente no en un autor al lado del autor, sino en un autor detrás del autor y que está basada en una competencia compartida por varios sujetos respecto de un hecho por razones normativas distintas²⁸

En la coautoría se puede establecer la no existencia de una realización conjunta y se podría confundir la misma con una simple participación, en ese sentido Roxin argumenta que “la tesis de la coautoría no se atiene a los hechos, pues la imagen rectora del coautor es la de la realización conjunta, situación que no coincide con los supuestos establecidos para dicha figura, con lo que se tendría que prescindir del requisito de la resolución común, pues quienes no resuelvan en común, la perpetración del hecho no podría ser realizada conjuntamente atendiendo los presupuestos normativos pertinentes²⁹”.

A favor del cumplimiento de dicho requisito, tomando en cuenta presupuestos diferentes, Kindhauser, supone que la admisión de una coautoría, entendiéndola como la realización conjunta del acto, la cual solo podría basarse en la conjunción de una pluralidad de decisiones autónomas de los coautores, teniendo en cuenta sus respectivos

²⁸ Bernardo Feijoo Sánchez, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, (Madrid: Reus, 2007) 222.

²⁹ Claus Roxin, *Revista Penal No. 2*, (1998), 61

ámbitos de conducta en una acción colectiva en la que la actuación propia de los distintos participantes aparece simultánea y recíprocamente autoorganizada, en otros términos para dicho autor la coautoría exige, una decisión común de cometer el hecho, porque su sentido común, podría derivar de la voluntad coincidente de todos los intervinientes, que aceptan insertar su contribución en aquel esquema de interpretación³⁰. También habría que tener en cuenta que separar a la coautoría de una contribución en fase ejecutiva produciría una pérdida adicional de contornos, pues ya no se podría establecer una diferencia nítida entre la coautoría y las figuras de la autoría mediata, la inducción o la complicidad. Y por último faltaría en dichos casos el sentido de simultaneidad y equivalencia de las contribuciones al hecho que son propios de la coautoría, ya que podría concurrir una clase de relación vertical de las aportaciones, que es una característica más propia de la autoría mediata.

Debiendo considerar que las doctrinas del dominio del hecho funcional no han conseguido aportar una fundamentación convincente de la autoría, pues la determinación de la existencia de un dominio funcional del hecho en todos los coautores, no oculta el hecho de que cada coautor solo domina de un modo positivo su propia contribución al hecho y con respecto de las contribuciones de los demás, se podría determinar que mantienen un dominio de carácter negativo, siempre que su comportamiento sea plenamente libre, responsable y por ende consciente.

Se hace necesario contemplar el criterio de que el dominio del hecho carece de verdadera trascendencia para establecer la coautoría en el ámbito de los actos de ejecución, ya que sólo podrá adquirirla para contemplar la condición de coautor de quien realice algún acto preparatorio o de mero auxilio, debiendo determinarse si será posible, si quien realice un acto preparatorio o de mero auxilio tenga el dominio del hecho. Para Welzel el que realice un acto preparatorio o de mero auxilio será coautor cuando sea coportador de la decisión común de cometerlo, ya que la decisión común de realizar el hecho delictivo, en esencia el acuerdo de voluntades, se produce entre los codelincuentes, sin que pueda servir para deslindar la coautoría y la complicidad³¹.

Coincidiendo con lo expresado por Roxin, los coautores quienes tengan el dominio funcional del hecho, serán aquellos delincuentes a quienes corresponda, en virtud de lo establecido en el plan delictivo, una contribución esencial e independiente a

30 Kindhauser Urs, Cuestiones Fundamentales de la Coautoría en la Revista Penal No. 1, (Bogotá, 2003), 53.

31 José Cerezo Mir, Obras Completas. Otros Estudios. (Lima: Ara Editores, 2006), 249.

la realización del delito, se considera que ninguno de ellos tendrá por sí solo el dominio del hecho, pero en cambio todos en su conjunto lo tendrán, pues cada una de sus aportaciones están tan entrelazadas en virtud del principio de división de funciones, ya que si cualquiera de ellos dejase de aportar su contribución a la comisión del acto delictivo, éste ya no podría realizarse o deberíamos considerar la realización de otro tipo de hecho.

3.- Considerando la problemática en admitir la existencia de una autoría mediata o de una coautoría del directivo, administrador o el titular del ente empresarial, la comisión por omisión se establece como una alternativa para la imputación de responsabilidad criminal por un acto delictivo cometido por un miembro inferior de la empresa, ya que si podríamos considerar a dichos autores como autores del acto ilícito cometido.

En ese sentido Ransiek afirmaba que “si ya la omisión contraria a deber de contener riesgos procedentes de la empresa fundamenta la autoría (de quienes tienen el correspondiente poder de decisión) independientemente de si los trabajadores (que la ejecutan) actúan por su parte de forma culpable o inculpable (...) con mayor razón ha de ser considerado autor aquel, que, más allá de la mera omisión, además induce a los trabajadores a cometer ese hecho³².

Es relevante considerar que la doctrina emanada con respecto a la comisión por omisión, se presenta como un medio factible para normativizar las reglas relativas a la participación delictiva en las empresas, cuando la acción y la omisión se entrelazan, pues una fusión de contribuciones activas con contribuciones por omisión, se determina el desplazamiento de la competencia de los ejecutores a los directivos del ente societario. En dicha línea se suscribe la propuesta de Schunemann de admitir una coautoría mixta -activa y omisiva, a la vez -del superior a partir de su doble contribución, como interviniente por omisión, en cuanto garante obligado a evitar el hecho de su subordinado y además como participe activo en su realización³³.

Esta argumentación tiene la posición en contra en el sentido de que quienes la respaldan tienen claro que todo responsable en comisión por omisión, se constituye en autor o más bien en coautor del delito que se trate, debiendo determinarse el tipo de imputación que se realice, que debe ser diferente de la simple fundamentación de la

32 Arroyo Zapatero, Derecho penal de la empresa, 189

33 Bem Schunemann, Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa, (Munich, ADPCP, 2000), 31.

responsabilidad por el hecho realizado, la cual se establece puede ser debidamente endilgada a los directivos o administradores de un ente empresarial, los cuales por su responsabilidad deben actuar cumpliendo toda la normativa aplicable para que en el desempeño de sus actividades no pongan en peligro el bien jurídico protegido, pues de cometer alguna omisión a sus deberes se puede establecer la imputación penal en virtud de la comisión por omisión, ya que se constituye en una obligación de hacer lo que sea necesario y adecuado para evitar las consecuencias nocivas que emanen de las actividades del ente empresarial, en contra de bienes jurídicos individuales o colectivos, en ese sentido se ha pronunciado Jakobs, quien establece que todas las acciones realizadas propiamente en el marco de la empresa son siempre también acciones que se encuadran en el círculo de organización de su titular³⁴

Mientras que Roxin determinaba que se pueda obtener la coautoría a partir de la posición de garante del empresario la que, de acuerdo a las reglas de los delitos de infracción de deber, le convierte en autor, sin importar a tal efecto si su contribución al hecho se constituye en un hacer o en un omitir. Estableciendo que se podría concebir una autoría mediata en virtud de una posición de deber, como una nueva forma de la autoría mediata, totalmente independiente de la ya reconocida autoría mediata por dominio de la organización, consideración que se suma a las soluciones basadas en la doctrina de la comisión por omisión, se justifica por la conexión, que se establece existe entre los denominados delitos impropios de omisión y los delitos de infracción de deber, como lo determina el citado autor alemán, cuando establece categóricamente que “aquí no se trata de casos de dominio activo del hecho”, sino de un tipo autoría omisiva, en la cual el garante que no evita el resultado haya intervenido también activamente en la producción del delito, debiendo considerar que el dominio del hecho social del omitente es, pues en definitiva, solo un derivado de su deber funcional social. De ahí se deduce que también aquí la circunstancia primaria, fundamento de la autoría, es el deber y que no existe un dominio autónomo con respecto a este deber. El concepto de dominio del hecho carece, también en este sentido, de importancia para la autoría en la omisión, ya que no puede captar atinadamente su alcance, y donde fuere aplicable, no lleva más allá que el criterio del deber, para nosotros determinante³⁵

³⁴ Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal*. (Madrid, Marcial Pons, 2007) 506, 507

³⁵ Günther Jakobs, *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, segunda edición, traducción de Cuello Contreras y Serrano González*, (Madrid, Marcial Pons, 1977), 29.

3. La imputación a la persona jurídica, las formas de sanción y análisis de las medidas cautelares dictadas en su contra

La teoría del delito económico y empresarial se basa en criterios de dogmática penal moderna, que buscan alcanzar establecer las conductas reñidas con la ley, describirlas debidamente en un tipo penal y alcanzar en las infracciones descritas en la norma actuaciones irregulares que afecten el orden económico de las sociedades contemporáneas, una de esas conductas que deben ser debidamente establecidas y luego imputadas son las actuaciones de las personas jurídicas, en aras de efectuar una debida protección a los bienes jurídicos que dichos entes pueden afectar en sus actuaciones ilícitas.

De esta manera se determina que en vista de la necesaria e imperiosa tendencia expansiva del poder sancionador del Estado, viabilizado a través de la aplicación del principio del *ius puniendi*, con el fin de afrontar de una manera adecuada el fenómeno creciente de los delitos económicos, se hace necesario entonces activar la intervención estatal con el fin de garantizar las relaciones económicas de la sociedad, planteándose alternativas a la teoría del delito tradicional, con el propósito de dar cabida en la conceptualización delictiva a nuevas figuras ilícitas que regulen comportamientos ilícitos que se manifiestan en las relaciones socioeconómicas, conductas antijurídicas que menoscaban la confianza de la ciudadanía en el sistema económico y financiero de una colectividad.

Manuel Jaén Vallejo, recalca que han surgido nuevas conductas reprimidas en el ámbito penal, teniendo una gran trascendencia las que se han ido implementando en el derecho penal económico, pues algunas posibles explicaciones al fenómeno de incremento delictivo en este ámbito, van con el aumento de los bienes de consumo, que tantas veces persigue el delincuente, el que suele ir acompañado de un incremento delictivo. Pues bien, el delincuente desea apropiarse de esos bienes, sin más, o los utiliza para obtener un ilícito beneficio, así tenemos, cuando se dedica al contrabando de mercancías restringidas por los intereses fiscales que su consumo conlleve, o trafica con mercancías prohibidas, obteniendo del delincuente grandes beneficios, que al ocultarse su procedencia da lugar al lavado de dinero. Las actividades económicas, hacen que muchos delitos económicos tengan que ver con las empresas, sus empresarios y sus

actividades³⁶.

Para formular la tipicidad penal en materia económica hay que tener en cuenta que existen delitos tanto de acción, de omisión o de comisión por omisión, por lo cual para hablar de una conducta punible, se debe adecuar el ejercicio de formulación de los elementos del acto que se quiere describir en el tipo penal, pues no solo debemos considerar la lesividad que afecta su cometimiento, la cual genera ofensa no solo de una manera individual, sino más que todo su afectación, porque esta puede presentarse de manera pluriofensiva, pues puede atacar a más de un bien jurídico a la vez³⁷.

En el derecho penal económico se determina entonces que la imputación personal de los sujetos económicos, se basa en su capacidad de celebrar operaciones económicas y financieras, las cuales requieren conocimientos técnicos y contables, que son establecidos al momento de tipificar la actuación ilícita, considerando que la actuación conlleva un peligro que puede ser para la colectividad en general.

En ese orden de ideas para generar criterios de imputación y de responsabilidad penal a la persona jurídica como tal y a sus integrantes, surgen varios problemas en primer lugar en establecer si se puede aplicar criterios de ponderación de la acción individual, ya que en ese caso, estaríamos ante la particularidad de determinar la responsabilidad de la persona individual, entonces la imputación sería solo a dicho miembro del ente, para luego ir determinando la imputación penal a los demás miembros de la empresa.

En este punto Percy García Cavero, determina que lo concerniente a la responsabilidad por decisiones colegiadas, la doctrina penal contemporánea rechaza la posibilidad de configurar un delito conjunto sustentado únicamente en la pertenencia a un órgano colegial, exigiendo, por el contrario, un proceso de individualización al interior del órgano pluripersonal de la responsabilidad penal de cada uno de sus miembros.

Viéndose la necesidad de crear varios criterios o sistemas para realizar la imputación respectiva por la actividad delictual efectuada por la persona jurídica, uno de esos criterios emanados por la doctrina penal, es el que se conoce como la doble imputación, el cual contempla la coexistencia de dos corrientes para determinar la

³⁶ Jaen Vallejo, *Nuevas conductas delictivas: especial referencia al derecho penal económico*, (Lima: ARA Editores, 2016), 185

³⁷ Percy García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador del hecho en la empresa: criterios de imputación*, (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999), 93.

imputación penal, ya que en el momento en que se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo, se debe determinar, la imputación a la persona jurídica como ente independiente y la imputación tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica.

Consecuencia de esa decisión de la imputación, se establece la determinación de la responsabilidad, en dos sentidos, con respecto a las personas naturales que ejercen la administración del ente colectivo, se aplica la teoría del delito tradicional, mientras que en la determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas se aplica el criterio de la imputación que toma en cuenta la naturaleza jurídica distinta del ente ideal.

Con la creación de un nuevo modelo tomando en cuenta la naturaleza específica de la acción institucional reclamada, debiendo deslindar las categorías que la componen, y luego establecer con exactitud las funciones que se le asigna, de modo que el funcionamiento de cada una de ellas se vincule con el de las restantes³⁸.

Esta forma novedosa de determinación de la responsabilidad, nunca se va a desprender totalmente de la aplicación de la teoría tradicional del delito, pues las categorías que se aluden para implementarse en el nuevo subsistema son modificaciones o adecuaciones de la mayoría de existentes.

Contemplándose una nueva forma de implementar la imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando de forma clara se establece la naturaleza específica de la concepción doctrinaria estatuida en los ordenamientos jurídicos, debiendo no olvidar que el sistema de imputación penal en contra de las personas jurídicas difiere del sistema de imputación tradicional, con lo cual se ha considerado la formación de una nueva dogmática penal, en ese sentido entonces en primer lugar debemos efectuar debidamente la adecuación al tipo penal de manera distinta a la tradicional, determinando pautas distintas para subsumir los hechos al tipo, luego debemos prescindir de la determinación del dolo en la forma tradicional y no se podrán reconocerse justificantes establecidos en la culpabilidad, pues la forma de actuación del ente no considera elementos subjetivos, ante lo cual se hace necesario establecer que la determinación de la responsabilidad de la realización de un hecho delictual a una persona jurídica, deberá ser resultado de la aplicación de nuevas categorías dogmáticas, establecidos como consecuencia jurídica de la acción institucional confrontada al tipo y a la antijuricidad; considerando que las sanciones o

³⁸ Nikolas Luhmann, ed., *El derecho en la teoría de la sociedad* (Barcelona: Editorial Bosch, 1993),314.

penas deben ser las adecuadas a la naturaleza jurídica de la persona jurídica, a su esencia funcional y estructura jerarquizada; no debiendo olvidarnos de aplicar las reglas de autoría y participación establecidas para la persona jurídica, teniendo en cuenta que éste criterio diferente de imputación al tradicional, contempla en primer lugar la adecuación en un tipo penal, luego la determinación de causales de justificación en la antijuricidad y la consiguiente atribución de responsabilidad con la consiguiente pena o sanción, variando en el hecho que se debe considerar los resultados del daño provocado por las acciones del ente jurídico ideal.

Teniendo claro que el nuevo esquema planteado no se apoya en ninguno de los sistemas dogmáticos de la teoría del delito convencional, pues todo tipo de esas teorías se plantean para la aplicación de la ley en un caso concreto, pero al mismo tiempo debería adecuarse a determinar que en el caso de las personas jurídicas lo que se busca es corregir cuando exista un mal comportamiento del ente y desvirtuar los daños que ese comportamiento puede traer a la sociedad.

Siempre será necesario tener en cuenta que en la edificación de un nuevo sistema normativo se necesita que las prohibiciones y mandatos contenidas en las reglas y normas se encuentren dirigidas a las acciones, y nunca a los hechos causales o de la naturaleza, en el caso que nos amerita sin duda que todos los mandatos y prohibiciones tienen que estar supeditados y referirse a las personas jurídicas, tomando en cuenta su esencia, su estructura y su naturaleza, debiendo contenerse en dichas prohibiciones las acciones desaprobadas socialmente considerando el accionar debidamente identificado. En el caso del accionar de los entes ideales podemos encontrar acciones dolosas de comisión realizadas por voluntad social. También podemos encontrar acciones negligentes en el ente institucional societario, pues en el ordenamiento jurídico podemos encontrar especiales reglas de debido cuidado que deben ser observadas por los entes, cuyo incumplimiento normalmente va producir resultados no aprobados socialmente, en cuyo caso la imputación cabría ante el carácter comisivo culposo del comportamiento empresarial. Siguiendo ese orden de ideas, es menester recordar que el ordenamiento jurídico dispone la ejecución de acciones destinadas a conservar un estado socialmente deseado y requiere la aplicación de una pena al establecerse la omisión intencional de dichas acciones, además del coercimiento de ciertos deberes para quien se encuentre en posición de garante de su cumplimiento, no obstante, de esa obligación existe una inactividad manifiesta, lo que conlleva a la imputación de los denominados delitos de omisión. Siempre recordando que dicha relación de mandato y prohibición con la

especial naturaleza de la acción institucional, pueden establecer categorías reconocidas en el nuevo esquema de imputación, debiendo siempre tener en cuenta los contenidos y concepciones distintas del dolo y la culpa, en el nuevo enfoque, los cuales difieren de sus conceptos tradicionales.

Considerando que la actividad delictiva en el seno empresarial se ha vuelto muy compleja, se ha planteado la idealización de nuevas construcciones dogmáticas que permitan la imputación de responsabilidad a los miembros de una empresa por un delito cometido desde la misma, considerándose coherente edificar un sistema de imputación en base a los roles determinados en el ente ideal, el cual tiene como punto de partida en la bipartición de roles formulada por Jakobs, esto es el rol general de ciudadano y los roles especiales, el cual determina que el rol general de ciudadano, resulta evidente que el grado de organización que requiere los miembros de una empresa para desarrollar su actividad resulta claramente superior al que necesitaría un ciudadano común y corriente para organizar su vida ordinaria. Y esto se debe no sólo al uso de maquinarias y nuevas tecnologías en el ámbito económico, sino también a la propia distribución del trabajo, típica de la economía moderna³⁹.

Teniendo en cuenta que los miembros de una organización tienen una amplia gama de competencias, la imputación de responsabilidad penal no requiere reconstruir el hecho delictivo desde un sujeto natural y establecer una posición de garantía o las diferentes conexiones naturales con los distintos partícipes del acto, el proceso de imputación jurídico-penal con base en competencias por organización requiere determinar la esfera de organización del correspondiente miembro de la empresa y calificar el hecho como la infracción de las competencias negativas derivadas de la libertad de organización sobre dicha esfera. En los delitos cometidos desde la empresa, el ente jurídico se presenta como una unidad, ante lo cual los mecanismos de imputación penal tienen que tomar en cuenta que las personas individuales en el desempeño de sus funciones realizan acciones que pertenecen por ende a la estructura de la empresa, pero no forman parte del ente empresarial; por lo cual, el derecho no podría reafirmar adecuadamente la vigencia de la expectativa defraudada en dichos casos, si se dirige a personas distintas al ente jurídico, quien es la que realmente actúa en el sistema económico y de quien ha surgido la formación del acto sujeto a desaprobación.

Mientras que con respecto a los delitos de dominio cometidos desde la empresa,

³⁹ Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. (Madrid: Civitas Ediciones, 1996), 48

se debe especificar claramente el círculo de personas naturales penalmente responsables por un acto delictivo de dominio cometido desde la empresa, dependiendo de la determinación formal del tipo penal al contemplarse como un delito común o bien sea como un delito especial, en el primer caso, por ser amplio el abanico de posibles autores contempla la posibilidad de ampliar las posibilidades de imputación a miembros de la empresa, mientras que cuando se quiera imputar en el cometimiento de delitos especiales las posibilidades se reducen a un reducido número de posibles autores. En el caso de delitos comunes no se puede exigir en la descripción del tipo una calidad especial de autor, con lo cual se puedan imputar, en principio, a cualquier tipo de persona, ya que todas las personas naturales participantes en el ámbito de la organización de la empresa pueden determinarse su responsabilidad penal, la cual solamente requiere el establecer claramente las competencias determinadas en la estructura de la organización que le corresponden por su posición en el ente empresarial.

En el caso que se requiera imputar la responsabilidad penal del titular o de los socios de una empresa en los delitos de dominio no se requiere fundamentar una especial posición de garante o de la imposición de una función o un deber de vigilancia, sino que se deben precisar las competencias de organización originarias de su rol en el funcionamiento de la empresa. Los titulares de una empresa, al igual que los miembros socios de un ente societario en el momento de creación del ente, tienen la debida competencia para realizar los pasos correspondientes y necesarios para su constitución y luego ya en su desarrollo empresarial, deben emanar las políticas generales de orientación y desenvolvimiento de la actividad de la empresa, ante lo cual deben responder en el caso de cometerse un delito en los aspectos correspondientes a su esfera de organización, es decir en la emisión de las políticas correspondientes, a menos que voluntariamente asuman la dirección de la empresa u otros ámbitos de organización del ente ideal, salvo dichos casos, solo podrá admitirse un ámbito de responsabilidad en el caso de la creación de un riesgo especial generado por la propia actividad de la empresa.

En el caso de directivos de la empresa, por la amplitud y complejidad de las competencias y atribuciones que tienen en la estructura jerarquizada de la misma, los hace penalmente responsables en el caso de la toma de decisiones generales y especiales en la administración de la empresa, que vayan en contra de la normativa jurídica aplicable; así como también por la ejecución de las decisiones tomadas sea por su parte o por sus subordinados, además de que por su posición en la organización generalmente les imponen competencias de control y vigilancia en todos los ámbitos del ente, así como

también el deber de evitar configurar en los ámbitos de la administración actos idóneos para la realización de actividades ilícitas, ante lo cual se genera actos u omisiones que acarrearán la imputación de responsabilidades a los entes directivos de la empresa.

También se determina la responsabilidad penal a los miembros de los órganos de gestión, de control, de supervisión o de planificación del ente empresarial, en otras palabras los mandos medios de la empresa, a quienes en estricto orden generalmente les corresponden funciones de supervisión, las cuales se llevan en un nivel mediato, y que requieren cierto grado de decisión dentro del organigrama estructural del ente, ante lo cual pueden ser debidamente imputados penalmente de responsabilidad, según las circunstancias de sus actuaciones, siempre que no se pueda llegar a los directivos de la empresa.

Y por último los trabajadores pueden ser atribuidos responsabilidad penal por delitos de dominio cometidos dentro de la empresa al ser quienes directamente ejecutan la conducta que puede ser determinada como típica, en dicho caso si se dan los presupuestos subjetivos necesarios, no debe haber ningún impedimento para atribuir la debida responsabilidad, siempre y cuando se determine que se trata de personas con la debida competencia en la organización con la determinación del riesgo debidamente prohibido.

4. Responsabilidad penal de la empresa, sus alcances y consecuencias

Considerando el desarrollo doctrinal de la imputación penal de la persona jurídica, el que ha determinado que el ente ideal tiene voluntad para actuar en forma distinta y autónoma respecto de las personas naturales que la componen, posee patrimonio diferente y por ende está sujeta a las debidas consecuencias jurídicas en actividades que realiza de forma independiente; por lo tanto, debe ser responsable de los hechos criminales que realiza.

Referente a ello, Percy García Cavero sostiene que: “las asociaciones tienen capacidad penal en la medida en que son capaces de intervenir en la vida social expresando su voluntad, la que nace de la organización de voluntades de sus miembros individuales”, criterio que determina que la forma de actuar de las personas jurídicas depende del grado o nivel de organización del ente ficticio, del como emanan sus decisiones, para poder determinar las condiciones de su punibilidad en los actos que se atribuyan han sido cometidos por la empresa.

Para Silvina Bacigalupo, en la actualidad el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra relacionado fundamentalmente al ámbito de los delitos económicos, es decir, a todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona en la vida económica y en el tráfico jurídico⁴⁰.

Autores como David Baiugún reconocen la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues afirman que el juicio de reprobación se construye sobre dos elementos: la atribución y la exigibilidad de la conducta. Así, también Klaus Tiedemann sostiene que la culpabilidad o reprochabilidad reside en la lesión de deberes de organización, esto es, culpabilidad por defecto de organización⁴¹.

Si el derecho reconoce la existencia ficticia de entes que pueden obligarse como lo hacen las personas jurídicas, entonces también reconocen efectos a la manifestación de voluntad emanada de sus órganos de representación o administración, pues al darse ésta los que se obligan no son los que expresan, sino que éstos se obligan a nombre de otro, es decir, en pleno ejercicio de un mandato de representación⁴².

Establecer la responsabilidad de carácter penal a las personas jurídicas fundamentalmente tiene relación al ámbito de los delitos económicos, concerniente a todas las acciones punibles que se cometen en el ámbito de la participación de un ente colectivo en la vida económica de una sociedad, en la cual si se determina el cometimiento de actos típicos contemplados en la normativa penal por parte de la empresa, teniendo en cuenta que en la actual realidad económica mundial se establece la existencia de una infinidad de actos delictivos, cometidos en el seno del ente empresarial, lo cual determina que no sea necesario solamente imputar penalmente a las personas de una forma individual, sino también responsabilizar a los entes colectivos, colocando tal disyuntiva al derecho penal en terrenos novedosos, pues debe determinarse si una persona física en el momento de cometer un acto ilícito actuó para beneficio propio o en beneficio de la persona jurídica. En ese sentido Klaus Tiedemann manifestaba que en la actualidad no era conveniente sancionar solamente a los autores materiales del ilícito, sino también a la agrupación misma, en aras de frenar el

⁴⁰ Silvina Bacigalupo, *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (Barcelona: Editorial Boch, 1978), 168

⁴¹ Juan Bustos Ramírez, *Control social y otros cambios* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008), 28.

⁴² Raúl Plasencia Villanueva, ed. *Teoría del Delito* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004), 72

incremento de nuevas formas de criminalidad, las cuales determinan la inoperancia y el vacío punitivo que tienen los sistemas y medios tradicionales de imputación del derecho penal⁴³.

Se ha negado la responsabilidad penal a las personas jurídicas, argumentando que no cumplen con tres presupuestos determinados en la doctrina penal tradicional, estos son, la capacidad de acción por parte de la persona jurídica, esto es que al determinarse como un ente ideal, no podría actuar físicamente; la capacidad de culpabilidad, es decir aplicar la capacidad de cometer sus actos con dolo o culpa; y, la capacidad de aplicar una pena o sanción al ente colectivo; al no cumplirse con dichos requisitos, ha primado el criterio de no atribuirle responsabilidad penal a las personas jurídicas, contemplándose únicamente responsabilidad individual a sus titulares, representantes, directivos, funcionarios, empleados o trabajadores, luego de determinarse debidamente la imputación correspondiente y su participación en el hecho reñido contra la ley respectivo.

Siguiendo esa línea doctrinal Percy García Caveró, contempla que para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se las debe considerar como una coordinación de distintas esferas de organización de sujetos individuales, en la que solamente dichos seres resultan titulares de competencias dentro de la estructura de la organización, considerando la existencia de instituciones penalmente relevantes, determinando que se han presentado problemas dogmáticos que deben ser sorteados, con el fin de entregar a la persona jurídica las competencias debidas por organización y que sean relevantes, contemplando que el ente colectivo posee una organización autónoma y aparece como socialmente responsable del cumplimiento de sus obligaciones normativas⁴⁴.

Pues si el ente colectivo se determina que puede ser titular del rol de ciudadano o de cualquiera de los roles institucionales debidamente normados, es totalmente posible que se le pueda atribuir penalmente la infracción de tales roles, para el citado autor peruano, la principal objeción que se hace a la imputación penal de las personas jurídicas, consiste en determinar una doble imputación con base al mismo acto, pues si la actuación del ente acarrea consigo la determinación de una infracción a sus competencias, se puede atribuir la debida responsabilidad penal tanto a la persona física como a la persona jurídica, la cual se la considera como titular de una esfera organizativa y estructurada

43 Klaus Tiedemann, Lecciones de derecho penal económico, (Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1993), 123.

44 Percy García Caveró, Derecho penal económico, parte general, (Lima: Ara Editores, 2003), 68.

propia, con lo cual, es posible contemplar la responsabilidad penal por el incumplimiento de la normativa pertinente.

Siguiendo esa línea conceptual encontramos a David Baigún, autor argentino quien ha propuesto trasladar la teoría del delito del derecho penal convencional al ámbito de las responsabilidades penal de las personas jurídicas, formulando la creación de un nuevo sistema teórico que sirva como marco adecuado para resolver los conflictos planteados por la actividad delictiva realizada por las personas jurídicas, formulando la necesidad de establecer la coexistencia de dos vías de imputación, cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo, de una parte, la que se dirige a la persona jurídica como unidad independiente, y de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica.⁴⁵

Uno de los gérmenes del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se visualiza en la política criminal internacional empresarial para la prevención de la delincuencia económica desarrollada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004, la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción 2017⁴⁶.

En corolario estos esfuerzos internacionales para combatir certeramente al crimen organizado devinieron en la tendencia de auto regulación de la persona jurídica, dada a la evidente inoperatividad del Estado por viabilizar en la práctica una adecuada seguridad ciudadana.

5. Responsabilidad penal de los directivos, representantes y subordinados de la persona jurídica, sus alcances y consecuencias

La búsqueda de la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas conlleva el criterio de que aparte de la determinación de la imputación al ente colectivo, también conlleva la imputación a las personas naturales que lo conforman, siendo éstos los titulares o accionistas del mismo, los directores, administradores, mandatarios, representantes, funcionarios, empleados y trabajadores de la empresa que hubiesen tenido participación en el acto punible, dicha atribución de responsabilidad se efectúa para los supuestos de comisión de delitos cometidos desde la empresa, tanto

45 David Baygún, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, (Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000), 27 y 28.

46 Laura Zuñiga, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas (Pamplona: Aranzadi, 2017), 41.

también en los supuestos delitos cometidos en la empresa, pues se ha determinado en la doctrina que cuando se admite la responsabilidad penal a los entes colectivos, no se excluyen de contemplar la responsabilidad a las personas naturales que la conforman, conceptos que no son incompatibles, ni tampoco relacionadas, en ese sentido Silva Sánchez determina que la pena de prisión a las personas físicas deja intacta la estructura que promueve la comisión del hecho ilícito.

Debiendo tener presente que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la criminalidad tradicional individual, en la que el hecho delictivo se planea y se ejecuta por un mismo sujeto o, por un grupo sea pequeño o más grande de codeincuentes que lo efectúan, cumpliendo con el reparto de funciones asignadas dentro del debido acuerdo inicial, con lo cual, se determina entonces que la realización de un hecho delictivo a partir de un concierto colectivo de participación, es propio de las organizaciones de personas instituidas para la realización de algún fin o de alguna realización, son hechos completamente diferentes, contemplando que al contrario lo que ocurre en los casos tradicionales de coautoría, los diferentes y actos particulares efectuados por cada participante, no necesariamente pueden significar el reparto de tareas establecido previamente a la realización del acto ilícito.

Con respecto a la normativa ecuatoriana el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 49, contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tipificando textualmente lo siguiente

“Art. 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 mandatorias, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyan 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 en 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”⁴⁷.

Por lo cual, con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial 180, Suplemento del 10 de febrero de 2014, se instituye la responsabilidad penal de las personas jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, determinando en primer lugar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma e independiente de las personas naturales que la conforman y/o la administran, siempre y cuando el delito cometido tenga la finalidad de generar beneficio propio a la persona jurídica o a sus asociados.

En la norma penal antes indicada se contempla la responsabilidad penal a la persona jurídica por acciones u omisiones de sus dueños o de quienes ejercen su control, también de sus órganos administrativos, de gobierno o de supervisión, entiéndase los ejecutivos principales, los apoderados, mandatarios o representantes legales o convencionales, los agentes, los operadores o factores, los delegados de la persona jurídica para actos concretos; los terceros que por contrato o sin contrato, están dentro de cualquier actividad de gestión, y cualquier persona que actúe bajo órdenes o instrucciones de los antes referidos, contemplándose entonces la posibilidad de imputar penalmente a la persona jurídica por las actuaciones no solo de quienes son sus propietarios, quienes las gobiernan, sino también a cualquier persona que tenga vinculación directa o indirecta con el ente ficticio.

Determinándose que en nuestra normativa penal se contemplan varios presupuestos para determinar la responsabilidad a la persona jurídica, los cuales deben ser debidamente instituidos para efectuar una imputación, en ese sentido, en primer lugar determina que la persona natural que realiza el acto ilícito, debe cometerlo en nombre o por cuenta de la persona jurídica, es decir, que la persona natural delinque bajo la subordinación de la persona jurídica, lo que en la doctrina se conoce como criminalidad de la empresa.

También se requiere que el beneficio o resultado del acto delictivo involucre beneficio para la persona jurídica, sea de forma directa e indirecta, pues en la citada norma penal se determina una circunstancia eximente, cuando el beneficio del acto

⁴⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014. Art. 49.

delictivo se establezca sea para una tercera persona ajena a la persona jurídica, en cuyo caso, la persona jurídica carece de toda responsabilidad.

La normativa penal ecuatoriana contempla dos figuras necesarias para determinar la responsabilidad de la persona jurídica: La primera que la persona natural que realiza el acto físico lo realice en nombre o por cuenta de la persona jurídica, es decir la persona lo ejecuta bajo el velo de la persona jurídica, lo que para la doctrina se ha develado como criminalidad en la empresa o criminalidad de la empresa, siendo necesario dilucidar cuando la persona jurídica se convierte victimario o víctima. Y la segunda que el beneficio o resultado del acto delictivo involucre beneficio para la persona jurídica de forma directa o indirecta, en contra posición el último inciso del Art. 49 del Código Orgánico Integral Penal crea una especie de eximente de responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el beneficio del acto delictivo sea para una tercera persona ajena a la personalidad jurídica, en cuyo caso carece de todo tipo de responsabilidad.

Capítulo segundo

Desarrollo de los tipos penales y el régimen de las penas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal a las personas jurídicas

1. Determinación de los tipos penales establecidos en el Código Orgánico Integral Penal a las personas jurídicas

La responsabilidad penal a las personas jurídicas dentro de nuestro vigente ordenamiento jurídico se encuentra puntualmente determinada en el Art. 49 del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, el 10 de febrero del 2014; en el cual taxativamente dispone que “las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá aun cuando no haya sido posible identificar a la persona natural infractora...”⁴⁸.

Mientras que los tipos penales que contempla nuestra normativa penal a la persona jurídica se encuentra debidamente tipificados en el citado Código Orgánico Integral Penal, en varias partes del catálogo penal, detallando dicha tipología, de la siguiente manera: En el Título IV de las Infracciones en Particular, en su Capítulo Primero, correspondiente a las graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, Sección Primera, en el que en su Art. 90 señala que “cuando una persona jurídica sea la responsable de cualquiera de los delitos de dicha sección, será sancionada con la extinción de la misma”, es decir, cuando un

⁴⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 49

ente societario se determine su responsabilidad en el cometimiento de los delitos de genocidio (Art. 79), etnocidio (Art. 80), exterminio (Art. 81), esclavitud (Art. 82), deportación o traslado forzoso de población (Art. 83), desaparición forzada (Art. 84), ejecución extrajudicial (Art. 85), persecución (Art. 86), apartheid (Art. 87), agresión o ataque armado (Art. 88), delitos de lesa humanidad; la persona jurídica que se ha determinado su responsabilidad en el cometimiento de los citados delitos será sancionada con la extinción de su vida jurídica en nuestro ordenamiento jurídico.

En los delitos de captación, transportación, traslado, entrega, acogida o recepción de una o más personas, ya sea dentro del país o hacia otros países, constituyéndose en el delito de trata de personas (Art. 91), contemplada en la Sección Segunda de dicho cuerpo legal, atribuyéndose responsabilidad a la persona jurídica será sancionada con una multa de cien a mil salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la misma (Art. 94).

En los tipos penales determinados en la Sección Tercera, que se refiere a diversas formas de explotación, al determinarse la correspondiente responsabilidad penal a las personas jurídicas, según el Art. 109 del referido Código Orgánico Integral Penal, se determinará la extinción del ente societario y una multa de diez a mil salarios básicos unificados del trabajador en general; siendo estos los delitos, el contemplado en el Art. 95, siendo este el de extracción, conservación, manipulación de órganos, tejidos o cualquier fluido de persona viva; el tráfico o traslado de órganos, tejidos, fluidos, células, componentes anatómicos o sustancias corporales (Art. 96); la publicidad del tráfico de órganos (Art. 97), la realización de procedimientos de trasplante de órganos, tejidos y células sin tener la autorización de la autoridad competente (Art. 98), la persona que organice, promueva, ofrezca, brinde, adquiera o contrate actividades turísticas para realizar o favorecer actividades de tráfico, extracción o tratamiento ilegal de órganos y tejidos (Art. 99).

También en actividades de venta, préstamo y aprovechamiento de otra para actos de naturaleza sexual (Art. 100), cuando se obligue, exija, imponga, promueva, o induzca a otra en contra de su voluntad para realizar actos de naturaleza sexual (prostitución forzada Art. 101), cuando se organice, promueva, ofrezca, brinde, traslade, reclute, adquiera o contrate actividades turísticas que impliquen servicios de naturaleza sexual (turismo sexual Art. 102), al fotografiar, filmar, grabar, producir, transmitir o editar materiales audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o

simulados de niñas, niños o adolescentes en actitud sexual (pornografía infantil Art. 103), la comercialización de pornografía de niños, niñas y adolescentes (Art. 104), el sometimiento a trabajos forzados u otras formas de explotación laboral (Art. 105), la promesa de entregar en matrimonio o en unión de hecho a otra a cambio de una contraprestación económica entregada a sus padres, a su tutora o a su familia o a cualquier persona que ejerza autoridad sobre ella (Art. 106), la promoción de adopción ilegal de personas (Art. 107), la promoción de mendicidad a otra persona (Art. 108).

En el Art. 205 del Código Orgánico Integral Penal se contempla la simulación de un estado de insolvencia o quiebra con el fin de eludir sus obligaciones con sus acreedores, si se determina la responsabilidad penal de una persona jurídica en dicho delito se impondrá al ente ideal la pena de la clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.

La persona jurídica que haya sido establecida su responsabilidad en el cometimiento del delito contenido en el Art. 217, cuando comercialice, distribuya, importe, almacene o dispense medicamentos o dispositivos médicos caducados, o productos de uso o consumo humano caducados, será sancionada con una multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Mientras que la persona jurídica que se determine que ha realizado actos de producción, fabricación, comercialización, distribución o expendio de medicamentos, dispositivos o productos de uso humano falsificados o adulterados, sin registro o notificación sanitaria, con ingredientes inadecuados, sin ingredientes activos, con cantidades inadecuadas de ingredientes activos, con un envase o empaque falsificado o adulterado, tipificados en el artículo 217.1 del cuerpo legal sustantivo penal antes establecido, será sancionada con una multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la misma.

Mientras que, si se determina la responsabilidad penal a una persona jurídica que estando obligada a prestar un servicio de salud y con la suficiente capacidad de hacerlo, se negare a atender a pacientes en estado de emergencia, será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y su clausura temporal. (Art. 218 COIP).

Cuando se haya determinado responsabilidad penal a una persona jurídica en el delito de daño, deterioro, destrucción total o parcial de bienes pertenecientes al patrimonio cultural del Estado, tipificado en el Art. 237 del Código Orgánico Integral

Penal, se la sancionará con la pena de su disolución.

En el caso que se estableciera la imputación penal a una persona jurídica en el delito de retención de los aportes patronales o personales, o que efectúe los descuentos por rehabilitación del tiempo de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no les deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, dentro del plazo máximo de noventa días, contados desde la fecha de la retención, descrito en el Art. 242 del Código Orgánico Integral Penal, será sancionada con la clausura de los locales o establecimientos hasta que cancele los valores adeudados.

Mientras que en el caso que se determinare que cualquier persona jurídica no cumpla con su obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, delito contenido en el Art. 243 del Código Orgánico Integral Penal, se le impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado; siendo necesario establecer que en este tipo penal se dispone la intervención del ente jurídico, sanción que no se encuentra descrita en el catálogo de penas establecidas para las penas jurídicas en nuestra normativa, contenido en el Art. 71 del Código Orgánico Integral Penal, situación con la que se estaría infringiendo la garantía básica contenida en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República, que en su parte pertinente determina: “ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley...”.

En los delitos previstos en la Sección Tercera del Capítulo Cuarto del Título Cuarto del Código Orgánico Integral Penal, estos son el de desarrollo, producción, tenencia, disposición, queme, comercialización, introducción, importe, transporte, almacenamiento, depósito o uso de productos, residuos, desechos y sustancias químicas o peligrosas, con los que se produzca daños graves a la biodiversidad y recursos naturales, contenido en el Art. 254 del Código Orgánico Integral Penal; y en el delito de la emisión y que se proporcione información falsa o el ocultamiento de información que sirva de sustento para la información y otorgamiento de permisos ambientales, estudios de impactos ambientales, auditorías y diagnósticos ambientales, permisos o licencias de aprovechamiento forestal, que provoquen el cometimiento de un error por parte de la autoridad ambiental, tipificado en el Art. 255 *ibidem*; cuando se determinare la correspondiente responsabilidad a la persona jurídica se le impondrá la pena de multa de

cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general y la remediación de los daños ambientales causados, cuando el delito tenga prevista una pena de privación de libertad de uno a tres años; una multa de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general y la remediación de los daños ambientales causados, cuando el delito tenga prevista una pena de privación de libertad de tres a cinco años; y una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, la clausura definitiva, el comiso y la remediación de los daños ambientales causados, cuando el delito tenga prevista una pena de privación de libertad superior a cinco años.

En los delitos tipificados en la Sección Sexta del Capítulo Cuarto del Título Cuarto del Código Orgánico Integral Penal, estos son los delitos contra los recursos mineros y los delitos contenidos en contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles, siendo estos actos cuando sin autorización de la autoridad competente se extraiga, explote, explore, aproveche, transforme, transporte, comercialice o almacene recursos mineros, actos de minería artesanal, tipo penal establecido en el Art. 260 COIP; en las infracciones en las que una persona que en beneficio propio o de terceros, financie o suministre a cualquier título maquinaria, equipos, herramientas y en general cualquier instrumento que se utilice para realizar las actividades descritas en el numeral anterior (Art. 261); los actos de paralización o suspensión de manera injustificada el servicio público de expendio o distribución de hidrocarburos o sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles (Art. 262); cuando una persona por si o por medio de un tercero, de manera fraudulenta o clandestina adultere la calidad o cantidad de los hidrocarburos o de sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles (Artículo 263). En los delitos en los que una persona que sin la debida autorización almacene, transporte, envase, comercialice, o distribuya productos hidrocarburíferos o sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles o estando autorizada, lo desvié a un segmento distinto, en las cavidades señaladas previstas en la normativa expedida por la autoridad competente (Art. 264).

Mientras que el Art.265 determina que a las personas que en las provincias fronterizas, puertos marítimos, fluviales o mar territorial, almacene, transporte, envase, comercialice o distribuya sin la debida autorización, productos derivados de hidrocarburos incluidos el gas licuado de petróleo o biocombustibles (Art. 265); y por último, a las personas que por medios fraudulentos o clandestinos se apodere de hidrocarburos, sus derivados , incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles,

cuando sean transportados a través de un oleoducto, gasoducto, poliducto o a través de cualquier otro medio o cuando estos se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo; delitos en los que si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica por todas las acciones descritas en esta sección, el ente ideal será sancionado con multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

En el caso que una persona jurídica se haya establecido que ha cometido el delito de cohecho tipificado en el tipo penal descrito en el Art. 280 del Código Orgánico Integral Penal, será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

Al determinarse la responsabilidad de una persona jurídica en el delito de tráfico de influencias para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses, contenido en el tipo penal del artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

La persona jurídica que consienta en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que los representen, producto del enriquecimiento ilícito de un servidor público o de un ex servidor público o producto del enriquecimiento privado no justificado, descrito en el Art. 289 del Código Orgánico Integral Penal, será sancionada con su extinción y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

En el caso de los delitos de enriquecimiento privado no justificado (Art. 297), o la simulación, omisión, falseamiento o engaño a la administración tributaria para dejar de cumplir con sus obligaciones o para dejar de cancelar los tributos (Art. 298), cuando se ha establecido la responsabilidad del cometimiento de dichas infracciones penales por parte de una persona jurídica será sancionada con pena de extinción de la persona jurídica y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.

Cuando una persona jurídica haya sido establecida como responsable en los delitos de operaciones de seguros sin contar con la autorización correspondiente, contenido en el Art. 316 del Código Orgánico Integral Penal, se establece la responsabilidad a sus administradores que autoricen las operaciones o los que a nombre de aquellos suscriban los respectivos contratos.

Si se determinará que una persona jurídica fue creada para la comisión del delito de lavado de activos tipificado en el Art. 317 del Código Orgánico Integral Penal, será

sancionada con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objetos del delito, el comiso respectivo y su disolución y liquidación correspondiente.

En los delitos en contra del sistema financiero, esos son el pánico financiero (Art. 322), la captación ilegal de dinero (Art. 323), la falsedad de información financiera proporcionada al público (Art. 325), cuando se determine responsabilidad a la persona jurídica, ésta será sancionada con multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, si la pena prevista tiene una pena de privación de libertad de menos de cinco años; una multa de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general si el delito tiene previsto una pena de privación de libertad igual o menor a diez años; la clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general si el delito tiene previsto una pena de privación de libertad igual o menor a trece años; y la extinción y multa de mil a cinco mil salarios básicos unificados del trabajador en general si el delito tiene previsto una pena de privación de libertad mayor de trece años.

2. Análisis de la aplicación de las penas establecidas en los tipos penales concebidos en el Código Orgánico Integral Penal a las personas jurídicas

Para desarrollar el presente análisis considero necesario que se debe partir de la conceptualización de pena, para posteriormente hacer referencia y describir adecuadamente a aquellas que por su naturaleza se pueden imponer a las personas jurídicas en virtud del cometimiento del hecho ilícito.

Así establecemos que se puede contemplar que la pena es el castigo impuesto a la persona (natural o jurídica) que ejecuta un delito⁴⁹. Según Ancillon la pena es un mal físico, positivo o negativo, unido a una acción para apartar de ella al autor, o si esta acción ya ha cometido, para separar de ella a otros agentes, u obtener una reparación proporcionada al daño causado⁵⁰.

La palabra pena proviene del latín *poena*, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento⁵¹. De ahí que, en líneas generales, dentro del presente análisis la pena es concebida como el castigo jurídico impuesto a la persona que desatiende la

⁴⁹ José Guzmán Dalbora, *Sentido de la pena* (Montevideo: Editorial B. de F, 2013), 59

⁵⁰ Claudio José Tissot, *La esencia del delito y de las penas*. Leyer Editorial, 199

⁵¹ Joachim Hrushka, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (Montevideo: B de F, 2009), 11

ley, al irrespetar un bien jurídico determinado socialmente resguardado, misma que se expresa a través de una decisión judicial que se exterioriza mediante una sentencia alcanzada luego de un debido proceso.

El Código Orgánico Integral Penal, establece en su artículo 71, con puntualidad taxativa cuáles son las penas que se le impone a la persona jurídica que delinque, razón por la cual, realizando una sinopsis normativa, se puede realizar la siguiente enumeración:

1.- Multa⁵². Es una sanción pecuniaria impuesta por el Estado ecuatoriano, a través de su poder jurisdiccional, es la exteriorización tangible de su poder coercitivo, se impone a la persona jurídica que cometió un delito. Se distingue de otras sanciones pecuniarias, por su carácter penal⁵³. Se ha contemplado que la pena de multa se constituye en la pena por excelencia en los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues su establecimiento y perjuicio a la economía de los entes societarios podía constituirse en una medida eficaz para disuadir el cometimiento de actos contrarios a la normativa

Cuando y como cancelar la pena no restrictiva de libertad de la multa se contempla en el Art. 69 del Código Orgánico Integral Penal, estableciéndose que debe ser pagada de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia se ejecutorie, contemplándose también el caso si la persona jurídica sentenciada demuestra su incapacidad material para cancelarla, se puede solicitar sea el pagar a plazos o cuotas durante el mismo tiempo de la condena, la condonación de una parte de la misma o el servicio comunitario equivalente, pero en las infracciones sancionadas con penas privativas de libertad de hasta seis meses.

El monto de la multa se encuentra establecido en el art. 70 del Código Orgánico Integral Penal⁵⁴, en consideración del tiempo de la pena privativa de libertad para determinar la cantidad de la multa en consideración de salarios básicos unificados del trabajador en general, es decir, sin que se establezca en este punto consideración alguna con respecto al daño o perjuicio causado o al beneficio obtenido, que si se podría haber establecido en el caso de las personas jurídicas, mas que todo en el caso de delitos de

⁵² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, (Suplemento de 10 de febrero de 2014), art. 71.

⁵³ Jesús Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (Montevideo: B de F, 2006), 178.

⁵⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, (Suplemento de 10 de febrero de 2014), Art 70

carácter económico.

No se ha contemplado en la gradación de las multas parámetros que puedan llevar a determinar criterios individuales de este tipo de pena, pues no se considera el rol que la persona jurídica ha desempeñado en el delito, o si han existido perjuicio no patrimonial causado o que pueda causar, o la existencia de conductas antijurídicas previas de índole civil o penal, en fin circunstancias que podrían incrementar o atenuar el valor de la multa impuesta.

2.- Comiso penal⁵⁵. A esta sanción también se le denomina como decomiso o confiscación. Su esencia se base en la privación definitiva de un bien o derecho como consecuencia directa de la ejecución de un delito⁵⁶.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del comiso en el ámbito penal siempre o más bien dicho, frecuentemente ha lucido como una figura secundaria subordinada a la pena. Razón por la cual, se debe tener presente que recién con el auge del derecho penal empresarial el comiso en la órbita penal va ganando espacio, pues es a partir del surgimiento de nuevas formas de criminalidad que el Estado se ha visto en la penosa tarea de echar mano sobre los bienes, en líneas generales, mal habidos, en resguardo de los legítimos derechos de terceros. El Comiso especial va encaminado a prevenir el cometimiento de futuros actos criminales, mediante el mal uso de los bienes de las personas jurídicas, y su eficacia responde a la complejidad y el carácter transfronterizo de las nuevas modalidades de criminalidad gestada a través de las personas jurídicas desplegadas en el mundo; de hecho, el comiso penal responde a la supranacionalidad del delito empresarial.

El comiso penal única y exclusivamente procede sobre aquellos casos en los que los bienes de las personas jurídicas son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. Para salvar, si cabe el término, ha determinado bien, fondo o activo del comiso penal, judicialmente el o los interesados deben demostrar su legítima procedencia y tras pagar la multa fijada por el Tribunal de Garantías Penales pasen a recuperar lo que legítimamente les pertenece. Es también prudente indicar que en puntuales circunstancias la autoridad judicial dictamina que se debe destruir los instrumentos o efectos de la infracción, a excepción de los que pertenecen a una tercera persona no

⁵⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, (Suplemento de 10 de febrero de 2014),

art. 71 numeral 2.

⁵⁶ Reinhart Maurach y Heinz Zipf, ed. 2015, *Derecho penal. Parte general*, (Buenos Aires: Astrea, 2015), 3.

responsable del ilícito. De la misma, para rescatar al bien de su inminente destrucción, el o los terceros interesados, no implicados en el delito, y legítimos propietarios deben cancelar una multa equivalente al instrumento o efecto de la infracción, dictaminada por el juez de garantías penales. Los únicos bienes y efectos que deben ser destruidos son los que sirvieron de instrumento para cometer el delito. El comiso recae sobre los bienes, fondos o activos provenientes del delito o los beneficios o ganancias derivadas del mismo, la meta principal que se persigue consiste en evitar que se consume una situación patrimonial ilícita de la persona jurídica, esto es prevenir un enriquecimiento ilícito, dado que el Estado ecuatoriano, no puede consentir en que se obtengan ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, y por ello, como Estado Constitucional de Derechos y Justicia está en la obligación de implementar mecanismos para garantizar réditos económicos legítimos a favor de las personas jurídicas mediante controles estatales periódicos. De este modo el comiso penal ostenta una función de prevención, pues el mensaje que pretende dar el Estado ecuatoriano es que el delito empresarial no resulta rentable. Además, se impide el enriquecimiento ilícito, al dar al comiso penal un marcado carácter sancionador que lo aproxima más a la naturaleza jurídica de las penas.⁵⁷

3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado⁵⁸. Es muy importante tener presente que la clausura sea temporal o permanente en la órbita de la sanción penal, consiste literalmente en el cierre de un establecimiento o local y en el cese temporal o permanente de todas y cada una de las actividades realizadas en el singularizado establecimiento o local, salvo los procesos de producción que no se pueden interrumpir por su naturaleza.

Bien se podría decir que la clausura, en el ámbito del derecho penal empresarial reemplazó la sanción de arresto por incumplimiento a determinados deberes formales. Es muy debatida su inserción en el derecho penal empresarial por considerarse que su aplicación resulta a veces desproporcionada e irrazonable con respecto al delito cometido, sobre todo porque produce grandes pérdidas a la persona jurídica que la sufre⁵⁹.

⁵⁷ Santiago Mir Puig *Derecho penal. Parte general*, (Barcelona: Reppertor, 2008), 87 y 88

⁵⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 50

⁵⁹ Omar Breglia y Omar Gauna, *Código Penal y leyes complementarias*, (Barcelona: Astrea, 2016), 178

La clausura como sanción es novedosa, su inclusión en la órbita del derecho penal empresarial es reciente. Bien se puede decir que para Latinoamérica esta sanción es innovadora, siendo resultado de la labor del frente común institucionalizado en contra de actividades ilícitas gestadas a través de las personas jurídicas extendidas por esta parte del mundo.

La clausura también tiene dentro del Código Orgánico Integral Penal una naturaleza jurídica dual: tanto como pena o sanción; o, también como medida cautelar según sea el caso y la gravedad del delito.

4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial⁶⁰. En lo que respecta a esta sanción se debe tener presente en primer lugar ¿Qué se debe entender como comunidad? Así se puede establecer que comunidad es la agrupación de seres humanos vinculados por una diversidad de similitudes, entre ellas sociales, cuya unión voluntaria marca la diferencia con otra clase de asociaciones. Cabe destacar que este grupo de personas por decisión judicial son beneficiarias de actividades propositivas gestadas por la persona jurada que delinquiró; y que en virtud de tal infracción irrogó daño a la comunidad, hoy en reparación por intervención judicial.

De ahí que esta pena se solidariza con las innovaciones incorporadas a la pena, teniendo como principal norte la reparación integral del daño provocado en virtud del delito. Razón por la cual la autoridad judicial debe delimitar con exclusividad qué comunidad específicamente resultó afectada para ordenar el legítimo resarcimiento de los perjuicios causados. Pero hasta allí no queda la labor judicial, pues dichas actividades reparativas están sujetas a seguimiento y evaluación por parte del órgano administrativo pertinente.

Por lo tanto, es muy importante establecer ¿En qué consiste el seguimiento y evaluación judicial de las actividades realizadas por la persona jurídica para resarcir el daño irrogado a determinada comunidad? Los jueces como representantes del Estado ecuatoriano, tras un debido proceso judicial, debe determinar qué comunidad, con exactitud sufrió los daños y perjuicios del delito, para posteriormente señalar como y de qué manera la persona jurídica, autora del delito, debe realizar actividades para remediar el malestar ocasionado. Actividades que van a recibir continuo seguimiento y evaluación judicial.

Los mecanismos de reparación integral se encuentran taxativamente

⁶⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 71.

puntualizados dentro del artículo 78 del Código Orgánico Integral Penal, dichas medidas se inscriben dentro del concepto de justicia reparatoria que de a poco deja atrás la justicia, desde la implementación del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, también se ha determinado dejar de lado la determinación de la justicia retributiva tradicional, aplicando la justicia restaurativa o restauradora, la cual busca restablecer el vínculo social quebrado por evento del delito.

Entre los múltiples beneficios que reporta esta clase de justicia, cabe puntualizar algunos de ellos: impulsa la desjudicialización de causas que bien pueden ser ventiladas fuera de la Administración de Justicia bajando la inversión estatal en dichos procesos; motiva a que la Administración de Justicia sea más efectiva porque esta debe ocuparse de los asuntos considerados graves para la sociedad; busca reducir de una forma significativa la población carcelaria y por ende busca reducir el crecimiento de la tasa de reincidencia.

En el ámbito del derecho penal empresarial se ha determinado que aplicando los preceptos de la justicia restaurativa, tendríamos mejores resultados pues en vez de que los entes no cumplan alguna función de reparación por sus indebidas actuaciones o incluso desaparezcan sin haber realizado alguna acción que busque resarcir por sus actos, lo que se busca es trabajar en la restauración de los derechos individuales o colectivos afectados por las acciones de las empresas que se determinó responsabilidad de carácter penal.

De hecho, la reparación tiene efectos educativos, preventivos y socializadores, que llevan a todos los implicados en el acto ilícito logren conciliar. La reparación lleva a la persona jurídica a comprender las consecuencias de sus actos ilícitos, dándole la oportunidad de restituir el mal ocasionada a la sociedad que la cobijó.

5.- Remediación integral de los daños ambientales causados⁶¹. Antes de abordar el tema propuesto es de subrayarse que el Estado ecuatoriano es el primer país que reconoce de manera constitucional y directa los derechos de la naturaleza, contemplados en el Título II, capítulo séptimo, artículos 71 a 74 de la Constitución de la República del Ecuador⁶²; así, la afirmación de la naturaleza como sujeto de derechos fue un concepto introducido en la vigente norma constitucional, en virtud de que existieron muchos

⁶¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 71.

⁶² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de Octubre de 2008, arts. 71 a 74.

intereses corporativos e inclusive dogmas jurídicos que no aceptaban esta gran evolución del derecho ambiental nacional.

Esta sanción es solidaria con los desafíos del derecho ambiental nacional, que entre otras cosas busca interiorizar los costos que suponen para la colectividad, aspectos como la contaminación, el irracional tratamiento de los desechos, la negligente transmisión de residuos y subproductos a los grandes ciclos naturales, entre otras afectaciones.

Normalmente los conflictos que el derecho ambiental aborda confluyen otro tipo de actores sociales: productores y consumidores, contaminadores y perjudicados, propugnadores del consumo y defensores de la calidad de vida; pero principalmente este tipo de derecho debe lidiar con la falta de conciencia ambiental de personas jurídicas nacionales o transnacionales.

Bajo tales consideraciones, la comentada sanción de la reparación integral es parte de la justicia restaurativa, concepto que busca remediar los daños al medio ambiente causados directamente por el cometimiento del injusto penal que ha sido debidamente establecido a una persona jurídica.

Considerando al daño ambiental como toda acción, omisión, comportamiento o acto que altera, menoscaba, disminuye o pone en peligro inminente y significativo algún elemento constitutivo del medio ambiente, rompiendo con el ello el equilibrio propio y natural de su esencia afectando esencialmente la calidad de vida de los seres humanos y el resto de seres vivos.

Lamentablemente, se ha establecido que de manera frecuente son las personas jurídicas son quienes más cometen daños ambientales al desplegar su gestión, que puede ser altamente contaminante, y en vista de que el daño ambiental puede ser cuantificado en base a estudios técnicos, el juez competente puede condenar a la persona jurídica infractora a la reparación integral de ese daño ambiental que se ha determinado fue producido en el hecho ilícito que se investiga.

6. Disolución de la persona jurídica, ordenada por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de reconstrucción o de reactivación de la persona jurídica⁶³. Es la sanción más dura en contra de un ente societario, pues lo que

⁶³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2011, art. 71.

determina es la pérdida de la vida y personalidad jurídica de la misma, su consecuencia inmediata es la reducción de la capacidad legal de la persona jurídica de actuar en cualquier sentido, quedando únicamente facultada para realizar todos los actos idóneos para viabilizar su posterior liquidación, por ende, no puede seguir desarrollando su objeto social, salvo para dichos fines.

En ese sentido, el Art. 359 de la Ley de Compañías⁶⁴, contempla que, dentro de las causales de disolución de un ente societario, en el literal d) se determina la causal por sentencia ejecutoriada, decisión que daría lugar a la extinción de la persona jurídica como contrato y como persona jurídica, marcando el inicio de la extinción del ente societario que cometió un hecho ilícito.

Su aplicación se considera que se está afectando en el bien jurídico más preciado en las personas jurídicas que es la posibilidad de ejercer la libertad de empresa, pues se está coartando ese derecho de realizar actividades económicas sin restricción de tiempo y sin duda es una forma de terminar con la vida de un ente que sin duda con sus acciones ha realizado actos que han causado un terrible perjuicio a la colectividad y que merece desaparecer de la vida jurídica definitivamente, sin posibilidad de que su esencia organizacional empresarial pueda establecerse en otro ente societario, por lo que debe verificarse que no exista posibilidad de transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica sentenciada a otra nueva o ya existente y que su desaparición se asemeje con la muerte de la persona física.

7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción⁶⁵, ésta se constituye en el último tipo de pena que se dicta en contra de la persona jurídica sentenciada, que en cambio determina la imposibilidad de que el ente jurídico sancionado, puede celebrar cualquier tipo de contratación con cualquiera de las instituciones públicas, y se contempla más que todo como una sanción de carácter económica y su ejecución se produce al suspenderse de forma temporal o definitiva el carácter de proveedor de las instituciones del Estado, registrándose dicha suspensión en el Registro Único de Proveedores (RUP) cuya administración corresponde al Servicio Nacional de Contratación Pública, según el artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁶⁶.

⁶⁴ Ecuador, *Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999, art. 359.

⁶⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2011, art. 71.

⁶⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.

La determinada suspensión, sea temporal o definitiva, del Registro (RUP) se determinaría siguiendo los presupuestos contemplados en el artículo 19 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

3. Determinación de las principales incidencias y afectaciones que tendría la implementación de las penas en la estructura de una persona jurídica

Según Ancillón “la pena es un mal físico, positivo o negativo, unido a una acción para apartar de ella al autor, o si esta acción ya se ha cometido, para separar de ella a otros agentes, u obtener una reparación proporcionada al daño causado”⁶⁷

Se ha establecido que la pena se consideraría como la consecuencia de una conducta que se establece transgrede lo contemplado en una norma jurídica, cuyo cometimiento afecta un bien jurídico que se protege, llevándose a contemplar que es un atribución tiene el Estado para tratar de proteger a sus miembros del cometimiento de actos que están reñidos a lo permitido, dichos incumplimientos de la normativa que regula la convivencia social, han llevado a establecer un sistema de castigos que persuadan su realización y conlleve un resultado a quien lo cometa, en aras de tratar de buscar la paz social.

En ese sentido, Welzel determinaba que la pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable, se basa en el postulado de la retribución justa, que cada uno sufra lo que sus hechos valen⁶⁸, justificándose su existencia como retribución merecida a la medida de la culpabilidad.

La existencia de un hecho que se considera ilícito genera un daño, que es lo que se trata de precautelar, con la determinación exacta del bien jurídico protegido, aspecto que es uno de los que se considera para determinar una pena, a más de otros como la manera que se ejecuta y la gravedad de dicho acto ejecutado, el daño que se infringe en su realización, consideraciones que llevan a establecer el grado de perjuicio del ilícito cometido, las que se gravarán teniendo en cuenta el valor, la importancia y las repercusiones ocasionadas al bien jurídico que protege la sociedad.

Sin embargo, cabe tener presente que determinadas sanciones resultan más perjudiciales para las personas jurídicas insertas dentro del proceso penal, dada su gravedad o dependiendo de su naturaleza, pues puede determinarse una afectación al

⁶⁷ Claudio José Tissot, *La esencia del delito y de las penas*, (Bogotá: Leyer Editorial, 2008) 199.

⁶⁸ Hans Welzel, *Las penas y las medidas de seguridad*, (Bogotá: Leyer Editorial, 2005) 9.

patrimonio del ente societario, en sentido la multa pecuniaria, el comiso, la clausura temporal o definitiva de sus locales y la prohibición de contratar con el Estado, sea de forma temporal o definitiva, pueden constituirse en sanciones que involucren graves perjuicios a la persona jurídica, más todavía si son permanentes y sin duda la disolución de la corporación conlleva la gradación mas fuerte de las sanciones, pues significa el cese definitivo de la existencia de la persona jurídica.

El novísimo derecho empresarial penal, al abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, está generando un creciente conjunto de cuerpos normativos, de disposiciones jurisprudenciales y de estudios doctrinales que no siempre resultan suficientes para dar respuesta a todas las cuestiones que se suscitan actualmente en su ámbito de acción, pero que contribuyen a entender las principales incidencias y afectaciones que devienen de la implementación de las penas en la estructura de una persona jurídica, entre las que cabe puntualizar las siguientes:

1. El clima de inestabilidad e inseguridad corporativa que se respira dentro y fuera de la persona jurídica. Dentro de la empresa, los socios viven un verdadero drama patrimonial por las consecuencias que devienen del proceso judicial y por la responsabilidad solidaria que tienen con la persona jurídica; ello sin ahondar en el malestar que personalmente afronta cada socio, las discusiones internas y en fin el ambiente de disputa interna que podría presentarse. Fuera de la corporación se desarrolla otro drama, que gira en torno a la negativa justificada de que otras personas sean naturales y/o jurídicas entablen relación con la persona jurídica que es parte de un proceso judicial;
2. Las gestiones empresariales se ven profundamente limitadas en todos los aspectos al encontrarse judicialmente analizada;
3. Se coloca además en entredicho el buen nombre corporativo del ente, aspecto que sin duda es relevante de cuidar por las implicaciones que pueden traer para su prestigio; sobre todo porque, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es alternativa, sino acumulativa respecto a las personas naturales materialmente responsables del delito lo que puede generar severos problemas de *no bis in ídem* especialmente intensos en los casos de sociedades unipersonales;

A pesar de que en la imposición de penas y sanciones en contra de las personas jurídicas sí se reconoce la existencia y la implementación de circunstancias atenuantes, las misma son muy difíciles de ser dictaminadas en virtud de la discrecionalidad que

puede establecerse la autoridad judicial que juzga la conducta al analizar la intervención individual de cada persona involucrada en el cometimiento del delito.

Capítulo tercero

Análisis de la proporcionalidad de las penas impuestas en el Código Orgánico General de Procesos a las personas jurídicas

1. El principio de proporcionalidad de las penas, breve introducción, concepto y características

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, en su Art. 76 numeral 6, instituye el principio de proporcionalidad en nuestra normativa, al contemplar que la ley determinará que en todo proceso se asegurará la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza⁶⁹. Del texto constitucional, se concluye que nuestro ordenamiento jurídico nacional, a la luz del principio de proporcionalidad claramente puntualiza que, en el repertorio de infracciones, tanto en su tipicidad como en su respectiva sanción, el Código Orgánico Integral Penal, debe establecer adecuadamente sanciones que se equiparen al daño ocasionado por las personas jurídicas, mostrándose solidarias con el daño irrogado a la sociedad y puntualmente a las víctimas directas de su actividad ilícita.

Téngase presente que la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad consiste en la materialización de normas de carácter constitucional con estructura de principios que contienen derechos fundamentales en colisión, en sí, es la aplicación de principios procesales constitucionalizados propios del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, imperante en el Ecuador a partir de la promulgación y vigencia de la Constitución de la República del 2008, que tiene lugar con la reconceptualización de los derechos fundamentales que dejaron de ser meras afirmaciones para convertirse en espacios mínimos de actuación humana respetada por todos y más que todo por el Estado, donde el ser humano se encuentra con jurisdicción como órgano de tutela primera y última, necesaria aún frente a la ley, constituyéndose dicho principio, en una herramienta válida para limitar el ejercicio punitivo del Estado, pues en este se conceptualiza como una de sus prioridades la aplicación del principio de

⁶⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

mínima intervención penal, ante lo cual se genera los hilos con los cuales se conduce la potestad punitiva estatal, sea a nivel legislativo, interpretativo y al aplicarse la norma, teniendo como referencia la aplicación del principio de proporcionalidad, en aras de establecer una pena justa, equitativa y proporcional a la gravedad del delito sancionado.

Justamente por el establecimiento de ese juicio de ponderación entre la aplicación del derecho fundamental o del bien constitucionalmente protegido, se debe realizar un análisis de todas las circunstancias y variables necesarias, para determinar la solución más armoniosa, resultado al que se llega estableciendo la aplicación precisa del principio de proporcionalidad, a través del examen de los tres aspectos de la proporcionalidad el juez evita tomar una decisión arbitraria y, en cambio puede sostener una resolución idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto⁷⁰.

b. Concepción del principio de proporcionalidad.

La idea de proporcionalidad se ha establecido en general jurídicamente evoca una relación adecuada entre cosas diversas, cuando se la aplica se determina que se convierte en razonable, gana en armonía y adquiere relevancia de ser justa, constituyéndose en una manifestación de uno de sus valores fundamentales considerados actualmente, hablamos de la justicia, llegándose a determinar que el concepto de proporcionalidad puede extenderse en varios ámbitos del derecho, en el campo procesal se lo ha establecido para dar solución a conflictos entre bienes jurídicamente tutelados⁷¹.

Pero que se entiende por proporcionalidad en sentido amplio al principio constitucional, en virtud del que la intervención pública ha de ser susceptible de lograr la finalidad que se requiere, es decir, que sea necesaria o debidamente imprescindible tanto en el ámbito social como individual para remediar el daño ocasionado en virtud del delito, al no existir otra medida menos restrictiva de la esfera de la libertad de los ciudadanos, es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos las posibles⁷².

Considerando la aplicación de un concepto de Estado, se ha considerado a la idea

⁷⁰ Claudia Villaseñor, *Proporcionalidad y Límites de los Derechos Fundamentales*, (México: PORRUA, 2011) 29.

⁷¹ Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. (Buenos Aires: Abaco-Universidad Austral, 2004) 232.

⁷² Javier Barnes, ed. 2009, *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*, (Madrid: Revista de Administración Pública, 2009), 12.

de la proporcionalidad como un recurso indispensable para adecuar bienes promovidos o exigidos en la norma constitucional y de satisfacción opuesta en un caso concreto, en aras de establecer si la medida legislativa es lícita en consideración de los derechos fundamentales, pues se ha considerado que para lograr un fin determinados, quien legisla puede ir por la línea de reducir el ámbito de eficacia de un derecho fundamental o bien pueda regular su ejercicio, entonces para verificar que dichas disposiciones se encuadren en lo que contempla las normas constitucionales, se ha considerado usar el principio de proporcionalidad, con el fin de determinar si se ha producido una relación que sea justa y equitativa entre el objetivo perseguido por el legislador, la sanción que ha considerado para ejecutarla y el grado en el que interviene con ello en buscar la debida eficacia de un derecho fundamental.

Todo este planteamiento se determina dentro de la “línea de la mínima intervención penal, mientras que, en sentido estricto, por derivarse de aquella, más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades pues, la acción estatal debe ser útil, necesaria y proporcionada”⁷³.

La proporcionalidad es un principio procesal independiente, ubicado en una misma jerarquía que otros principios procesales del derecho universal, el mismo que actúa como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales⁷⁴. En el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios⁷⁵. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la proporción. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la proporción⁷⁶. Por este motivo, la proporción se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación judicial de los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas.

Doctrinariamente el principio de proporcionalidad, también se denomina prohibición de exceso, exponiendo otros principios que vendrían a integrarlo. Así, el

⁷³ ⁶²Javier Barnes, *Ibíd.*, 12.

⁷⁴ Carlos Santiago, *La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica en ética y derechos humanos*, (Buenos Aires: Astrea, 2015), 25.

⁷⁵ Alberto Binder, *Justicia penal y estado de derecho*, (Buenos Aires: Ad Hoc, 2004) 155

⁷⁶ Juan Terradillos, *La Constitución penal. Los derechos de libertad, en Las sombras del sistema constitucional español*, (Madrid: Trotta, 2003), 358.

principio de finalidad, vendría en primer lugar a establecer como presupuesto que el fin perseguido por la norma deba ser legítimo, es decir, el bien o interés protegido a través de la limitación debe estar amparado constitucionalmente; el principio de adecuación, vendría a operar como un examen de idoneidad y coherencia con el fin perseguido; el principio de necesidad por su parte exigiría que la intervención de la norma produzca el menor daño posible, y que no exista otra medida alternativa que sea igualmente eficaz; mientras que el principio de proporcionalidad en sentido estricto vendría a establecer una ponderación racional entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado⁷⁷.

Cabe destacar que estos sub-principios fueron desarrollados en el sistema alemán, a partir de varias sentencias del Tribunal Constitucional donde se determinó que el principio de proporcionalidad exige en su aplicación que el medio sea idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin propuesto⁷⁸.

El principio de proporcionalidad tiene por objeto limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dicho en otras palabras, se debe aplicar el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, con fundamentación en una relación medio - fin, que debe ser idónea, legítima, útil y práctica para obtener los objetivos constitucionales planteados, además de ser útil su aplicación debe ser necesaria y adecuada para obtener un fin legítimo, es decir, si existen varias opciones para lograr el fin, debe optarse por aquella opción de afectación de derechos fundamentales que sea más leve para lograr los objetivos constitucionales que es la satisfacción de otros derechos, a la luz del principio *pro homine*, dicho principio se ha establecido es de suma utilidad a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad; pues determina a ciencia cierta el grado de equidad y justicia de la sanción recibida.

El principio de proporcionalidad implica la esencia misma de los principios procesales universales que dan vida al debido proceso. De hecho, el examen de proporcionalidad constituye un instrumento de control de constitucionalidad, propio de la esencia garantista del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, instrumento que, en palabras de Roberth Alexy,

⁷⁷ Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*, (México DF.: Siglo Veintiuno Editores, 2012) 12.

⁷⁸ Gregorio Peces-Barba, *La seguridad jurídica*, (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2009), 245.

constituye el más importante principio del derecho constitucional material, que se aplica con claridad, a través de reglas que lo integran⁷⁹.

Gracias al principio de proporcionalidad se puede viabilizar un nutrido mecanismo de control que sirve prioritariamente para evaluar la constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, en aras de determinar la concebida declaración de la inconstitucionalidad o eventual declaración de admisibilidad constitucional, aplicada a través de una lógica gradual esto significa que se van aplicando sucesivamente los controles que hace cada una de las reglas que se encuentran cronológicamente concatenadas, se requiere conocer la estructura del principio y de sus reglas para comprender su modo de aplicación o procedimiento estandarizado de razonamiento, el que esencialmente consiste en seguir los pasos establecidos para cada una de las reglas, lo cual permite reconstruir el razonamiento seguido y advertir tanto en las fortalezas como en las posibles deficiencias en el proceso de argumentación de la decisión judicial.

En un sentido amplio, el principio de proporcionalidad se le reconoce como la institución jurídica que “impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte derechos fundamentales”. Trata de evitar que el coste representa la limitación de un derecho sea superior al beneficio que supone para otro bien jurídico⁸⁰.

Según Bernal, el principio de proporcionalidad es un instrumento metodológico que busca “fundamentar la determinación de los contenidos normativos o de los contenidos vinculantes que se deriven de los enunciados ius fundamentales”, estableciendo por otra parte dicho autor que la proporcionalidad es un principio general del Derecho, que, en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico al tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto”, el mismo que se aplica, cuando se debe concretar y fundamentar una norma⁸¹.

Mientras que, Baquerizo y Leuschner analiza al principio de proporcionalidad como un instrumento que tiene relación directa con el poder público el cual se encarga de limitar ciertos derechos de los ciudadanos

⁷⁹ Roberth Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Barcelona: LEGIS, 1993) 34.

⁸⁰ Mir Puig S, *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010) 73, 87.

⁸¹ Bernal C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007) 138-508

buscando un equilibrio y protegiendo los intereses colectivos sobre los individuales, e incluso de adición, que “el objeto del principio de proporcionalidad siempre será examinar si la utilización de un determinado medio como la limitación del ámbito de autodeterminación individual, el cual es proporcional para la consecución de un cierto fin”⁸²

Debiendo tener en cuenta lo que ha manifestado el doctor José García Falconí con respecto al principio de proporcionalidad: “el principio de proporcionalidad es la regla de conducta que obliga a los Jueces y Tribunales a mantener un balance equitativo entre el ius puniendi estatal y los derechos de las personas. En sentido estricto, el Principio de Proporcionalidad se sitúa en la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado sobre la base de la adecuación de la pena al fin que deba cumplir. (...) así, debe haber una proporcionalidad entre castigo y delito, entre pena y culpa, pues toda la evolución del Derecho Penal y las instituciones penitenciarias han consistido en la lucha incesante por la humanización de la pena, humanización que responde al principio moral de que todo delincuente es todavía una persona a pesar de sus actos criminosos; y, que la pena, sanción del delito y en debida proporción con él no debe nunca degradación de la persona”⁸³

En suma, el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido o integrado en el ordenamiento constitucional en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado Constitucional de Derechos y Justicia y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos, además del valor justicia inherente al derecho y a la justicia⁸⁴, robustecida desde la promulgación y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador.

La utilización del principio de proporcionalidad se ha contemplado como una medida de control de la aplicación de los derechos fundamentales en aspectos como los presupuestos para determinar la responsabilidad penal y la imposición de sanciones, en las que se podría argumentar que con su determinación se esté afectando derechos fundamentales y cuya decisión comprometa una colisión entre principios constitucionales.

⁸² Jorge Baquerizo Minuche y Erick Leuschner Luque, *Sobre Neconstitucionalismo, Principios y Ponderación*. (Guayaquil: Edilex S.A., 2011) 131-133

⁸³ José García Falconí, *Las garantías constitucionales en el nuevo código de procedimiento penal y la responsabilidad extracontractual del Estado*, (Quito: Imprenta Universitaria, 2001) 77.

⁸⁴ Norberto Bobbio, *La era de los derechos*, (Madrid: Ediciones Cátedra, 2017), 154.

El principal requisito de la proporcionalidad es que los derechos y las libertades de una persona solo se pueden limitar en la medida en que ello sea apropiado y necesario para lograr un objetivo legítimo⁸⁵.

En el derecho internacional, el principio de la proporcionalidad, se entiende como un medio esencial para salvaguardar derechos humanos fundamentales⁸⁶. Razón por la cual para aplicar el principio de proporcionalidad en el ámbito procesal penal se debe ir más allá de toda predisposición a la sanción de por sí, el certero norte que se debe perseguir es la remediación del daño irrogado, tanto en contra de la sociedad como de la víctima directa del delito.

b. Breve desarrollo histórico del principio de la proporcionalidad.

A la proporcionalidad también se la ha denominado como la prohibición de exceso irracional del *ius puniendi* del Estado. Se determina que el origen del principio de proporcionalidad se remonta a la época de la Grecia antigua, en ese sentido en la obra de Platón, *Las Leyes*, se determinaba en la órbita del juzgamiento, como exigencia que la pena sea proporcional a la gravedad del delito⁸⁷.

Posteriormente en la época de la Ilustración, una manifestación concreta para el establecimiento de este principio, se encuentra en lo manifestado por César Beccaria, quien en su obra “De los delitos y de las penas”, sobre la proporcionalidad de las penas manifestaba: “Los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que impulsan a ellos. Por ello debe existir una proporción entre los delitos y las penas...”⁸⁸, también determinaba que la pena debe ser necesaria e infalible, pues dichas características completan la idea de la proporcionalidad, considerando como necesaria al hecho que la pena no debe ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin⁸⁹.

⁸⁵ Mariano Sapag, *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado*, (Cundinamarca: Universidad de La Sabana Colombia, 2008) 14.

⁸⁶ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2017), 7.

⁸⁷ Rodrigo Díez Gargari, *Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte*, (México DF.: Cuestiones Constitucionales, 2012) 81.

⁸⁸ César Beccaria, *De los delitos y las penas*, traducción Francisco Tomás y Valiente (Madrid: AGUILAR, 1982) 138.

⁸⁹ Carlos Bernal Pulido, *La razonabilidad de la ponderación*, (Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, 2006), 20

En el derecho alemán se habla en primer lugar del principio de proporcionalidad, en la resolución del *Deutscher Journalistentag*, dictada el 22 de agosto de 1875, en la que se establece que las medidas coercitivas establecidas contra de periodistas que no acepten rendir testimonios en procesos, fueran proporcionadas a las penas previstas por los delitos perseguidos, se toma entonces dicha resolución como la primera indicación taxativa sobre la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad al proceso penal. Razón por la cual, Alemania, es el primer Estado que instituye de manera legal este principio procesal.

Más adelante, será Tribunal Constitucional alemán, el órgano estatal que determine la formulación y la aplicación del principio de proporcionalidad, al implementarlo para regular los actos de los poderes públicos que pongan en riesgo los derechos fundamentales, universales y humanos, de tal modo que, no solo regulaban la acción jurisdiccional, sino también los actos emanados por el poder público⁹⁰.

Según Baquerizo y Leuschener, el principio de proporcionalidad fue concebido originalmente a partir de la posición que la persona jurídica-Estado ocupaba en el modelo del Estado de Derecho liberal individualista (marcado, según Forsthoff, por la tensión dialéctica entre el poder estatal y la libertad individual, con una presunción de libertad en favor de la persona (derivada del reconocimiento de su dignidad). Claro está que dicho modelo de estado se encuentra definitivamente superado, como es obvio, pero el principio de proporcionalidad sigue conservando de forma intacta su conceptualización, reforzado y potenciado ahora por las condiciones de constitucionalización que predominan en los actuales Estados constitucionales⁹¹.

2. Análisis de la proporcionalidad de cada uno de los tipos penales frente a las sanciones y penas establecidas para cada tipo penal en el Código Orgánico Integral Penal a las personas jurídicas

Analizar la proporcionalidad de cada uno de los tipos penales frente a las sanciones y penas establecidas para cada tipo penal en el Código Orgánico Integral Penal, es un ejercicio necesario para contemplar si existe una coherencia entre las disposiciones legales con el hecho fáctico de tal suerte que la sentencia se solidarice con daño irrogado,

⁹⁰ Carlos Bernal Pulido, *Ibíd.*, 20

⁹¹ Jorge Baquerizo Minuche y Erick Leuschner Luque, *Sobre Neconstitucionalismo, Principios y Ponderación*. (Guayaquil: Edilex S.A., 2011) 132

teniendo obviamente como norte las circunstancias exclusivas y excluyentes de cada caso en particular.

El asambleísta cumple con la labor estatal a él encomendada cuando establece dentro de las normas sustantivas penales los delitos, las circunstancias del delito, las penas y las sanciones a la luz de las normas constitucionales y tratados internacionales pertinentes.

Para determinar si existe la debida proporcionalidad entre los tipos penales y su correspondiente pena, se ha establecido necesario realizar una ponderación entre el principio constitucional de proporcionalidad con el principio de mínima intervención penal, determinando si en la actividad parlamentaria precedente para emitir la norma penal se aplicó eficientemente el mandato de razonabilidad correspondiente, pues toda ley penal se ha determinado debe establecerse luego de un dedicado análisis de varias aristas, entre una de ellas sin duda se debe contemplar la aplicación del principio de proporcionalidad.

Esas pautas de proporcionalidad en el ámbito legislativo, son necesarias aplicar para encuadrar el principio consagrado constitucionalmente con lo determinado en la norma penal emanada por el legislador, pues el mandato constitucional vincula a todos los poderes públicos, así lo contempla el artículo 426 de la Constitución de la República⁹².

Bajo tales consideraciones, se ha establecido que en nuestro país la Asamblea Nacional, cuerpo legislativo que tiene como competencia la emisión de normativa, tiene la obligación por mandato constitucional, contemplado en el Art. 84 de la Constitución de la República de adecuar formar y materialmente las leyes y demás normas jurídicas para acatar a los derechos previstos en la carta magna y en los tratados internacionales.

Se ha contemplado que el poder legislativo debe plantear formas de intervenir en las conductas de la sociedad, las cuales se ha establecido se encuentran revestidas de razonabilidad con el fin de obtener la legitimación de la acción estatal, para lo cual debe determinarse el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse para evitar que el ciudadano se convierta en un mero destinatario de la intervención pública, pues se ha considerado que los parlamentarios al expedir normativa buscan regular el desarrollo de las actividades de las personas, para lo cual se entiende que deben efectuar el suficiente análisis en la determinación de la norma penal, efectuando una adecuada aplicación de los derechos fundamentales como el de proporcionalidad.

En esa línea la Corte Constitucional en la sentencia No. 003-14-SIN-CC determina, que “es evidente que toda medida legislativa que conlleva la imposición de una sanción implica una limitación de derechos al infractor la cual solamente será inconstitucional si se evidencia que la limitación impuesta no es equivalente al riesgo de vulneración del derecho constitucional que la norma pretende garantizar⁹³.

Conviene analizar si las sanciones contenidas en las normas jurídicas establecen sanciones desproporcionadas, esto es, limitan de forma injustificada los derechos de los partícipes en el proceso penal, menoscabando el principio constitucional de proporcionalidad.

Sobra decir que, el principio de proporcionalidad se aplica para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de las penas contempladas para dichos tipos penales, en ese sentido, se aplica para determinar si los preceptos legales contenidos en un catálogo penal -Código Orgánico Integral Penal- no han vulnerado los legítimos derechos fundamentales contemplados en la Constitución de la República, realizando un examen jurídico-constitucional de eficacia y eficiencia de las medidas legislativas penales formuladas en el ordenamiento jurídico nacional, justificando debidamente su pertinencia, razonabilidad y amplitud.

En este sentido se debe propender a que el poder legislativo norme medios de intervención en las conductas de la colectividad que se encuentren revestidos de razonabilidad al fin de establecer la necesidad de legitimar la intervención estatal, para lo cual se debe contemplar el peso y la medida de los instrumentos que van a utilizarse, a fin de evitar que la persona natural y/o jurídica se convierta en un mero destinatario de dicha intervención del poder punitivo del Estado.

En la casuística del derecho penal, dicho principio se ha establecido a partir de la comparación entre pena y delito, entre pena y culpabilidad y entre la pena y la afectación al bien jurídico, además entre pena y daño ocasionado o entre pena y las finalidades socialmente admisibles⁹⁴.

En nuestra normativa para realizar el examen de proporcionalidad debemos aplicar lo que establece el artículo 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece, que “cuando existan

⁹³ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 003-14-SIN-CC”, dictada dentro del caso No. 0014-13-IN y acumulados 0023-13-IN y 0028-13-IN, 26 de septiembre de 2014,

⁹⁴ Diana Arias, *Proporcionalidad, pena y principio de legalidad*, (Madrid: Revista de Derecho InDret, 2012), 142.

contradicciones entre principios o normas y no sea posible resolverlas a través de reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”⁹⁵, con el fin de determinar si las normas penales emanadas por el legislador son proporcionales, comenzando con verificar si la norma verificada persigue o no la afectación del bien jurídico protegido, es decir, si con la determinación de la sanción se perjudica y en que forma al bien que se busca proteger por parte de la norma penal.

En esa línea la citada sentencia No. 003-14-SIN-CC, contempla “que el tipificar una conducta como infracción de cualquier tipo -incluida la infracción administrativa- evidencia la intención del legislador de incorporar una prohibición en el ordenamiento jurídico, prohibición que carecería de eficacia si no va acompañada de una sanción que sirva como elemento disuasivo a las personas que, por cualquier motivo, incurran en dicha conducta”⁹⁶, en ese sentido siguiendo con la aplicación del test de proporcionalidad, se debería verificar la necesidad de su establecimiento, la cual contempla que se verifique si la medida establecida es la menos restrictiva para cumplir con su finalidad, en ese sentido en nuestro análisis se debe establecer si las sanciones tienen una medición razonable de sus consecuencias, y si son producto del establecimiento gradado entre las afectaciones que pueden causar el cometimiento de la infracción y la reacción de carácter punitivo establecida en la sanción.

Resulta entonces de antología que dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, impregnado por principios y reglas propios del Neoconstitucionalismo se siga sancionando sin proporcionalidad alguna a las personas jurídicas que delinquieron desatando graves malas sociales como la impunidad, la indefensión y la revictimización de la víctima primaria del acto injusto. Pese a que constitucionalmente se reconozca el imperio de los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos; y que, directamente establecen el principio de proporcionalidad como rector del debido proceso. La proporcionalidad es uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, está encaminado a proteger a las personas naturales y jurídicas de los

⁹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Ley 0, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3.

⁹⁶ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia No. 003-14-SIN-CC”, dictada dentro del caso No. 0014-13-IN y acumulados 0023-13-IN y 0028-13-IN, 26 de septiembre de 2014, 100.

fallos, sentencias y resoluciones desproporcionadas. Dado a su trascendental importancia, este principio está establecido en acuerdos internacionales y regionales sobre derechos humanos⁹⁷.

El principio de proporcionalidad se instituye para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de las penas, verificando que en la tipificación de una conducta considerada como delito la fijación de determinada sanción al responsable se apliquen los principios y derechos establecidos en la Constitución de la República, teniendo en cuenta que en el contexto del Estado Constitucional de Derechos y Justicia se da prioridad al principio de mínima intervención penal.

Bajo esta estructura, nuestro ordenamiento jurídico, determina que los hilos conductores que se han formulado -vía constitucional- para emanar los principios de la potestad punitiva del Estado se fundamenten en el principio de mínima intervención estatal, con los cuales en la formulación del tipo penal a nivel legislativo y de interpretación a nivel de aplicación por parte de la autoridad judicial competente, se haga imprescindible sobre la aplicación tangible del principio constitucional de proporcionalidad.

La tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención de los derechos fundamentales, abordada dentro de la perspectiva del titular de los bienes y derechos protegidos, de hecho, toda ley penal aparece como una medida que el Estado legítimamente adopta para proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos, consecuentemente se ha determinado que el asambleísta puede vulnerar dichos derechos fundamentales, por un exceso de severidad en la tipificación de medidas o restricciones penales, por ende se subyace la necesidad prioritaria de que el derecho penal se enmarque dentro de los preceptos constitucionales, por tanto la facultad del asambleísta para restringir derechos, en desarrollo del *ius puniendi*, no puede ser una facultad ilimitada, el legislador en la órbita penal no tiene una discrecionalidad absoluta para tipificar los tipos delictivos su lógico e irrestricto límite se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador.

El ejercicio de determinar que una ley penal es suficiente o no, respecto del delito, emana del juicio de valor que legítimamente desarrolla el legislador, ya que se entiende que para dictar una ley realiza la suficiente apreciación y análisis acerca de los fenómenos de la vida social y contempla el grado de afectación del daño que determinados

⁹⁷ Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008) 25

comportamientos ilícitos pueden generar en la sociedad, dentro de los parámetros de la política criminal.

En la formulación de la pena se debe ponderar la aplicación de derechos fundamentales, pues al cometerse un delito se está afectando la aplicación de derechos fundamentales previstos en beneficio de la ciudadanía, como son el derecho a la vida, a la integridad personal, a una vida libre de violencia, el derecho a la propiedad, que se encuentran garantizados en Constitución de la República, mientras que al imponerse una pena a quien se ha verificado como responsable del cometimiento de un delito también se debe verificar si se socaven los derechos fundamentales que se establecen en beneficio del penado, estos son los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la seguridad jurídica, contemplados en la Constitución de la República.

3. Determinación si los tipos penales y sus sanciones cumplen con la proporcionalidad que establece la garantía contemplada en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador

En el tipo de Estado que tenemos hoy en el Ecuador, esto es el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es necesario que la norma penal se adecúe a los lineamientos constitucionales, pues en este tipo de Estado, no solo se exige el respeto a los derechos sin ningún tipo de limitaciones, su aplicación debe ser una acción cotidiana por todos los estamentos de la sociedad, bajo tales consideraciones la aplicación irrestricta a los derechos fundamentales es una obligación de toda autoridad pública, así lo contempla el Art. 426 de la Constitución de la República⁹⁸.

Debiendo considerar que en lo que se refiere a delitos y sanciones el Código Orgánico Integral Penal pone en juego una multiplicidad de derechos de las personas, los cuales se encuentran debidamente determinados en la Constitución de la República, en atención a lo cual entonces la aplicación de esos derechos con respecto de los cuales se ampara en cambio los bienes jurídicamente protegidos por la norma penal, se constituye en esa colisión de derechos que debe ser solventada por la aplicación de principios procesales que han sido constitucionalizados por la esencia garantista del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que nos cobija, en donde entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la

⁹⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008) art. 426.

proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, entre otros.

En dicho tipo de Estado el hilo conductor de la potestad punitiva es el principio de mínima intervención penal, el cual determina la actuación a nivel legislativo, interpretativo y de aplicación, proceso en el cual la aplicación de principios de carácter constitucional ha sido relevante, debiendo entonces tener en cuenta que las líneas conductoras que van a guiar el proceso de formulación de la norma penal, tomen en cuenta el alcance de entre varios principios, al principio de proporcionalidad que se complementa con el de mínima intervención penal, como mandato de razonabilidad en la formulación de la actividad parlamentaria.

Consecuentemente, se considera al principio de proporcionalidad como una especie de limitación en el momento de la formulación y aplicación de todo tipo de medidas restrictivas de los derechos y consecuentemente de las libertades, determinando su implementación en la formulación de la dogmática penal, así como en el establecimiento de las penas. Se recalca en el hecho de que el principio de proporcionalidad se aplica entonces para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de sus penas, igual se aplica para determinar si los preceptos legales contenidos en el catálogo penal, no han vulnerado los legítimos derechos fundamentales contemplados en la Constitución de la República, realizando un examen jurídico-constitucional de eficacia y eficiencia de las medidas legislativas formuladas en el ordenamiento jurídico nacional, justificando debidamente su pertinencia, razonabilidad y amplitud.

En ese sentido, el realizar la formulación de una norma penal determina que debe ser resultante de un proceso lógico en el que se considere consistencia tanto en su estructura interna como en su apalancamiento a principios y reglas que ya existen en el ordenamiento jurídico, en ese proceso, igual debemos considerar que en la decisión legislativa de crear normas penales es una tarea extremadamente delicada que debe estar empapada de constitucionalidad y de legalidad.

La imposición de la pena debe ser debidamente justificada, tarea que corresponde a los administradores de justicia, los cuales en dicha labor deben utilizar las herramientas teóricas y argumentativas que permitan solventar tales necesidades. Consecuentemente para adoptar la decisión de imponer la pena correspondiente en un proceso penal, la autoridad judicial competente debe considerar la ponderación de la aplicación de los

derechos fundamentales en la fundamentación de su decisión, utilizando para ello estructuras argumentativas, siendo una de ellas, el principio de proporcionalidad, cuya finalidad a alcanzar es demostrar que la pena es absolutamente necesaria, sin que exista otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la ansiada justicia.

Pues se considera que cuando el legislador crea reglas que regulan la vida de las personas que conviven en una sociedad, realiza un estudio de proporcionalidad, que legitima y fundamenta la intervención legislativa con respecto a un derecho fundamental y en relación a un determinado fin que busca alcanzar; lo que se busca se entiende en la creación de tipos penales es obtener un resultado en el que exista un balance entre principios y derechos constitucionales, donde el último eslabón dentro del accionar jurídico sea el método utilizado por el juzgador para determinar la aplicación del tipo penal en el hecho que se juzga.

El principio de proporcionalidad opera en base a una técnica de aplicación escalonada, por cuanto para ello se ha establecido subprincipios, cada uno de ellos se constituye en un nivel que si no se logra satisfacer se hace innecesario seguir analíticamente con los siguientes, por cuanto la inconstitucionalidad estaría ya establecida dada la inobservancia a uno de ellos. Se ha determinado que estos subprincipios fueron desarrollados en el sistema alemán, a partir de varias sentencias del Tribunal Constitucional, ente que determinó que el principio de proporcionalidad exige en su aplicación que el medio sea idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin propuesto⁹⁹

Por ello el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios, aparece en el horizonte jurídico moderno como una herramienta metodológica válida para evitar, en la mayor medida de lo posible, la arbitrariedad.

En ese sentido, consideremos a la idoneidad como el medio de estudio o de adecuación, para poder establecer la legitimidad de la intervención de un derecho fundamental, debiendo determinarse si la medida legislativa debe tener un fin legítimo y luego debe establecerse si va a ser objetivamente idónea o adecuada para ser realizada, consecuentemente, solo si previamente se ha determinado que los fines que persigue son constitucionalmente legítimos, podremos pasar a analizar si los medios por los que se opta son idóneos para cumplir con los fines que se persigue.

Superado el subprincipio de la idoneidad, pasamos a analizar el subprincipio que

⁹⁹ Gregorio Peces-Barba, *La seguridad jurídica*, (Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2009) 245.

tiene que ver con la necesidad, el cual analiza que el medio adoptado por el legislador sea necesario para conseguir el fin perseguido, que debería establecerse si realmente no se hubiese podido establecer otro medio que sea igual de eficaz, pero que no restrinja los derechos fundamentales o si lo hace sea en el menor daño posible, en ese sentido Aguado determinaba que “se declarará que un medio es innecesario para conseguir el fin pretendido cuando en virtud de un juicio ex ante se constata que el legislador podría haber adoptado otro medio igualmente eficaz pero menos lesivo; o bien cuando en virtud de un juicio ex post llegue a la conclusión de que el medio elegido, en comparación con otros, conlleva una restricción más grave de derechos fundamentales.

A partir de los análisis de idoneidad y de necesidad, se analiza el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se trata pues, de la parte del examen que compara la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre dicho derecho y el concebido fin.

En suma, el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido o integrado en el ordenamiento constitucional en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado Constitucional de Derechos y Justicia y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos, además del valor justicia inherente al Derecho y a la justicia¹⁰⁰, robustecida desde la promulgación y vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador.

En dicha Carta Magna, en su Art. 76 numeral 3, por una parte garantiza que debe preexistir la tipificación legal de la infracción con su respectiva sanción, siempre antes del correspondiente juzgamiento de carácter penal; se exige el cumplimiento del debido proceso penal y el derecho a que solamente un juez pueda imponer sanciones; y, por otra parte, en el numeral 6 se establece la obligación legal de que las acciones sean proporcionales a todas las infracciones, y con ello identifica a la proporcionalidad con la actividad de los jueces, quienes al avocar conocimiento de las causas deben juzgarlas y sentenciarlas, constituyéndose en los artífices de la aplicación de la proporcionalidad en la determinación de las penas, siempre actuando dentro de la norma penal, que debe establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, resaltando ese axioma de que la presencia de este principio es el equilibrio entre la frialdad

¹⁰⁰ Norberto Bobbio, *La era de los derechos*, (Madrid: Ediciones Cátedra, 2017), 154.

de la norma y la fragilidad que representa el respeto a los derechos humanos¹⁰¹.

En relación a la aplicación del principio de proporcionalidad en las sanciones, Franco Loor, señala que “se trata de establecer que no solo es preciso que pueda “culparse” al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de esta resulte proporcionada a la del hecho cometido¹⁰², al respecto igual Zambrano Simball sostiene: “la proporcionalidad de la pena debe estar en relación con las distintas maneras en el que el bien jurídico se encuentre lesionado. Las penas más graves en cantidad y calidad, deben quedar reservadas para las lesiones más graves de importantes bienes jurídicos, la pena debe ir considerando esas variantes de la conducta para ir equilibrando la pena en relación con las diversas variantes que se puedan ejecutar. La pena para el delito consumado no puede ser la misma que para el delito tentado”¹⁰³.

Entonces para determinar si las penas determinadas en el Código Orgánico Integral Penal en contra de las personas jurídicas son proporcionales, debemos aplicar el test de proporcionalidad, debemos considerar lo que la Corte Constitucional ha establecido en la sentencia 048-13-SCN-CC, dictada dentro del caso 0179-12-CN y acumulados, en la que se determina : “Tomando en cuenta los criterios señalados, con el objeto de realizar el test que propone el principio de proporcionalidad, esta Corte deberá someter a la medida analizada al examen sobre su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Pero antes debe identificarse si la Tabla esta encaminada a proteger un fin constitucionalmente válido y si este se halla en eventual colisión con otro¹⁰⁴.

Bajo tales consideraciones, las normas penales que instituyen penas en contra de las personas jurídicas, pueden ser analizadas aplicándose el test de proporcionalidad, únicamente por la Corte Constitucional, en atención a lo que determina el Art. 429 de la Constitución de la República, debiendo seguir el método contemplado en el Art. 3 numeral 2 de la Ley Orgánica del Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que determina:

“Art. 3 Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se

¹⁰¹ Eugenio Raúl Zafaroni, *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, Sociedad Anónima Editora, 1987) 418.

¹⁰² Eduardo Franco Loor, *Fundamentos del derecho penal moderno* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 203.

¹⁰³ Mario Rafael Zambrano Simball, *Los principios constitucionales del debido proceso y las garantías jurisdiccionales* (Quito: PH Ediciones Industria Gráfica, 2009), 50.

¹⁰⁴ Ecuador, Corte Constitucional. “Sentencia 048-13-SCN_CC”. Caso 0179-12-CN y acumulados.

ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

(...)

2. Principio de proporcionalidad. - Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias. Se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesario para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.

Consecuentemente, para la consecución de los fines de este análisis, en aras de determinar si las penas que se han establecido en el Código Orgánico Integral Penal en caso de establecerse responsabilidad penal a las personas jurídicas, cumplen con el principio de proporcionalidad, debemos entonces aplicar el test de proporcionalidad determinado en las normas legales antes indicadas, en ese sentido podemos establecer lo siguiente:

1. En los tipos penales tipificados en el Título IV de las Infracciones en Particular, Capítulo Primero, correspondiente a las graves violaciones a los derechos humanos y Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, estos son los delitos de genocidio, Art. 79), etnocidio (Art. 80), exterminio (Art. 81), esclavitud (Art. 82), deportación o traslado forzoso de población (Art. 83), desaparición forzada (Art. 84), ejecución extrajudicial (Art. 85), persecución (Art. 86), apartheid (Art. 87), agresión o ataque armado (Art. 88), delitos de lesa humanidad; la persona jurídica que se ha determinado su responsabilidad en el cometimiento de los citados delitos será sancionada con la extinción de su vida jurídica, aplicando el test de proporcionalidad, se ha establecido que es necesario primero identificar el bien jurídico protegido, que en este tipo de delitos son derechos humanos universales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad personal, a la integridad, garantizados en el artículo 32, 66 numerales 1, 2 literales a y c de la Constitución de la República.

Por ende el fin constitucional protegido esta debidamente respaldado, con respecto a los subprincipios se determina en relación al de idoneidad, el mecanismo

adoptado por el legislador que protege el bien jurídico protegido es idóneo como se ha dicho para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, pues la pena más fuerte que se ha determinado en el tipo penal se establece en contra de la persona jurídica que con su acción u omisión ha afectado muy importantes derechos del ser humano y por ende se cumpliría con el presupuesto del principio de proporcionalidad en estricto sentido, entonces se cumpliría con los presupuestos del principio de proporcionalidad.

En los delitos contemplados en la sección segunda que trata sobre la captación, transporte, traslado, entrega, acogida, recepción de una o más personas dentro del país o hacia otros países, contemplado en el delito de trata de personas, artículos 91, 92 y 93 del Código Orgánico Integral Penal, se ha establecido en el artículo 94 ibidem, las penas de multa de cien a mil salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la misma, considerando que los bienes jurídicamente protegidos en este tipo de delitos son los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, tanto física, psíquica, moral y sexual y a los derechos a la prohibición de la tortura, desaparición forzada, contemplados en el Art. 66 numeral 3, literales a y c, numeral 29 literales a y b de la Constitución de la República, consecuentemente bajo el mismo criterio la pena de extinción del ente societario responsable del cometimiento de cualquiera de estos hechos punibles sería debidamente proporcionada, lo que no se observa existe la debida proporcionalidad es en el monto de los parámetros con los cuales se determinaría la multa, pues se estaría aplicando los parámetros contemplados entre los numerales 11 y 14 del Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, los cuales se contemplan para delitos cuyas penas privativas de libertad entre 13 y 26 años, en esos parámetros entonces no se cumplirían con los principios de necesidad y de proporcionalidad en estricto sentido, pues no se determina el fundamento para establecer esos rangos de las multas.

En los tipos penales determinados en la Sección Tercera, que se refiere a diversas formas de explotación, al determinarse la correspondiente responsabilidad penal a las personas jurídicas, según el Art. 109 del referido Código Orgánico Integral Penal, se establece como pena la extinción del ente societario y una multa de diez a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, en tipos penales de extracción, conservación, manipulación de órganos, tejidos o cualquier fluido de persona viva (Art. 95; el tráfico o traslado de órganos, tejidos, fluidos, células, componentes anatómicos o sustancias corporales (Art. 96); la publicidad del tráfico de órganos (Art. 97), la realización de procedimientos de trasplante de órganos, tejidos y células sin tener la autorización de la autoridad competente (Art. 98), la persona que organice, promueva, ofrezca, brinde,

adquiera o contrate actividades turísticas para realizar o favorecer actividades de tráfico, extracción o tratamiento ilegal de órganos y tejidos (Art. 99), en la aplicación del test de proporcionalidad estableciendo el subprincipio de necesidad se determina como bien jurídico protegido, igualmente derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, a la libertad personal, a la integridad física, psíquica, moral, a la prohibición de la tortura y tratos humanos degradantes, garantizados en los artículos 32, 66 numerales 1, 2 literales a y c, numeral 29 literales a y b de la Constitución de la República, consecuentemente en la pena de la extinción de la persona jurídica, el mecanismo adoptado por el legislador que protege el bien jurídico protegido es idóneo como se ha dicho para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, pues la pena más fuerte que se ha determinado en el tipo penal se establece en contra de la persona jurídica que con su acción u omisión ha afectado muy importantes derechos del ser humano y por ende se cumpliría con el presupuesto del principio de proporcionalidad en estricto sentido; y en consideración de la pena de la multa, se aplicarían los parámetros contemplados entre los numerales 7 y 14 del Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, los cuales se contemplan para delitos cuyas penas privativas de libertad entre 3 y 26 años, en esos parámetros entonces no se cumplirían con los principios de necesidad y de proporcionales en estricto sentido, pues no contempla de donde se establecen los parámetros en los montos de las multas, entonces no se cumplen con los parámetros de necesidad y de estricta proporcionalidad.

Con respecto a los delitos establecidos en actividades de venta, préstamo y aprovechamiento de otra para actos de naturaleza sexual (Art. 100), cuando se obligue, exija, imponga, promueva, o induzca a otra en contra de su voluntad para realizar actos de naturaleza sexual (prostitución forzada Art. 101), cuando se organice, promueva, ofrezca, brinde, traslade, reclute, adquiera o contrate actividades turísticas que impliquen servicios de naturaleza sexual (turismo sexual Art. 102), al fotografiar, filmar, grabar, producir, transmitir o editar materiales audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o simulados de niñas, niños o adolescentes en actitud sexual (pornografía infantil Art. 103), la comercialización de pornografía de niños, niñas y adolescentes (Art. 104), el sometimiento a trabajos forzados u otras formas de explotación laboral (Art. 105), la promesa de entregar en matrimonio o en unión de hecho a otra a cambio de una contraprestación económica entregada a sus padres, a su tutora o a su familia o a cualquier persona que ejerza autoridad sobre ella (Art. 106), la promoción de

adopción ilegal de personas (Art. 107), la promoción de mendicidad a otra persona (Art. 108); el Art. 109 del Código Orgánico Integral Penal contempla las penas de la extinción de las personas jurídicas y una multa de diez a mil salarios.

Entonces aplicando el test de proporcionalidad se contempla el subprincipio de necesidad se determina como bien jurídico protegido, igualmente derechos humanos fundamentales como el derechos a la libertad personal, a la salud, a la integridad física, psíquica, moral, a la prohibición de la tortura y tratos humanos degradantes, garantizados en el artículo 66 numerales 1, 2 literales a y c, numeral 29 literales a y b| de la Constitución de la República, consecuentemente en la pena de la extinción de la persona jurídica, el mecanismo adoptado por el legislador que protege el bien jurídico protegido es idóneo como se ha dicho para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, pues la pena más fuerte que se ha determinado en el tipo penal se establece en contra de la persona jurídica que con su acción u omisión ha afectado muy importantes derechos del ser humano y por ende se cumpliría con el presupuesto del principio de proporcionalidad en estricto sentido; y en consideración de la pena de la multa, se aplicarían los parámetros contemplados entre los numerales 7 y 14 del Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, los cuales se contemplan para delitos cuyas penas privativas de libertad entre 3 y 26 años, en esos parámetros entonces no se cumplirían con los principios de necesidad y de proporcionales en estricto sentido, pues no contempla de donde se establecen los parámetros en los montos de las multas, entonces no se cumplen con los parámetros de necesidad y de estricta proporcionalidad.

Con respecto al delito tipificado en el Art. 205 del Código Orgánico Integral Penal de la simulación de un estado de insolvencia o quiebra con el fin de eludir sus obligaciones con sus acreedores, se determina la pena de la clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general, en ese sentido aplicando el test de proporcionalidad se contempla como bien jurídico protegido el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social o ambiental, contemplado en el Art. 66 numeral 15, así como el derecho de que no se puede determinar prisión por deudas determinado en el numeral 29 literal c de la Constitución de la República, entonces el principio de idoneidad esta solventado, el principio de necesidad no estaría solventado, pues la clausura de locales o establecimientos de la persona jurídica, podría determinar que el perjuicio sea el menos lesivo, pues el ente puede abrir otros locales o establecimientos y entonces la afectación no podría ser la más indicada para persuadir al

ente que cometa este tipo de hechos ilícitos, por ende la proporcionalidad no estaría cumpliéndose todos los requisitos.

La persona jurídica que haya sido establecida su responsabilidad en el cometimiento del delito contenido en el Art. 217, cuando comercialice, distribuya, importe, almacene o dispense medicamentos o dispositivos médicos caducados, o productos de uso o consumo humano caducados, será sancionada con una multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, determinándose que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos serían se garanticen la aplicación de derechos fundamentales como son los del derecho a la vida, a una vida digna, a la salud, a la integridad física, que se encuentran determinados en el Art. 66 numerales 1, 2, 3 literales a y c de la Constitución de la República, entonces el principio de idoneidad estaría cumplido, pero el principio de necesidad no estaría solventado, pues las sanciones deberían ser más estrictas y fuertes para la persona jurídica, para que se disuada del cometimiento de actos que incluso podrían poner en riesgo la vida de ciudadanos ecuatorianos, pues solo pagar una multa de 30 a 50 salarios básicos unificados, se aplica los parámetros determinados en el Art. 70 numerales 9 y 10 del Código Orgánico Integral Penal, por ende bajo la no aplicación del subprincipio de necesidad, por ende el principio de proporcionalidad no estaría satisfecho debidamente.

Mientras que a los delitos cometidos por la persona jurídica que se determine ha realizado actos de producción, fabricación, comercialización, distribución o expendio de medicamentos, dispositivos o productos de uso humano falsificados o adulterados, sin registro o notificación sanitaria, con ingredientes inadecuados, sin ingredientes activos, con cantidades inadecuadas de ingredientes activos, con un envase o empaque falsificado o adulterado, tipificados en el artículo 217.1 del cuerpo legal sustantivo penal antes establecido, será sancionada con una multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la misma, entonces aplicando el test de proporcionalidad con respecto al subprincipio de necesidad se determina como bien jurídico protegido, igualmente derechos humanos fundamentales como el derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica, moral, garantizados en los artículos 32 y 66 numerales 1, 2, 3 literales a y c de la Constitución de la República, consecuentemente en la pena de la extinción de la persona jurídica, el mecanismo adoptado por el legislador que protege el bien jurídico protegido es idóneo como se ha dicho para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, pues la pena más fuerte que se ha determinado en el tipo penal se establece en contra de la persona jurídica que con su acción u omisión ha afectado

muy importantes derechos del ser humano y por ende se cumpliría con el presupuesto del principio de proporcionalidad en estricto sentido; y en consideración de la pena de la multa, se aplicarían los parámetros contemplados entre los numerales 10 y 11 del Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, los cuales se contemplan para delitos cuyas penas privativas de libertad entre 10 y 16 años, en esos parámetros entonces no se cumplirían con los principios de necesidad y de proporcionales en estricto sentido, pues no contempla de donde se establecen los parámetros en los montos de las multas, entonces no se cumplen con los parámetros de necesidad y de estricta proporcionalidad.

Mientras que, si se determina la responsabilidad penal a una persona jurídica que estando obligada a prestar un servicio de salud y con la suficiente capacidad de hacerlo, se negare a atender a pacientes en estado de emergencia, delito contemplado en el Art. 218 del Código Orgánico Integral Penal será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y su clausura temporal, aplicando el test de proporcionalidad con respecto al subprincipio de necesidad se determina como bien jurídico protegido, igualmente derechos humanos fundamentales como el derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica, moral, garantizados en los artículos 32 y 66 numerales 1, 2, 3 literales a y c de la Constitución de la República, consecuentemente en la pena de la extinción de la persona jurídica, el mecanismo adoptado por el legislador que protege el bien jurídico protegido no es idóneo pues la pena de clausura temporal no es la más fuerte que se ha determinado en el tipo penal se establece en contra de la persona jurídica, por ende no sería la idónea para defender al bien jurídico protegido pues estamos hablando de derechos fundamentales como la vida y la salud; y en consideración de la pena de la multa, se aplicarían los parámetros contemplados entre los numerales 9 y 10 del Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, los cuales se contemplan para delitos cuyas penas privativas de libertad entre 7 y 13 años, en esos parámetros entonces no se cumplirían con los principios de necesidad y de proporcionales en estricto sentido, pues no contempla de donde se establecen los parámetros en los montos de la multa.

Cuando se haya determinado responsabilidad penal a una persona jurídica en el delito de daño, deterioro, destrucción total o parcial de bienes pertenecientes al patrimonio cultural del Estado, tipificado en el Art. 237 del Código Orgánico Integral Penal, se la sancionará con la pena de su disolución, en este sentido el bien jurídico protegido en este delito sería el cuidado del patrimonio histórico y cultural del país, contemplado como deber del Estado en el Art. 3 de la Constitución de la República,

entonces el subprincipio de idoneidad no estaría solventado, pues no se trata de cuidar un derecho fundamental, se rebasaría el subprincipio de necesidad por ende el principio de proporcionalidad en este tipo de sanciones no estaría solventado.

En el caso que se estableciera la imputación penal a una persona jurídica en el delito de retención de los aportes patronales o personales, o que efectúe los descuentos por rehabilitación del tiempo de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, dentro del plazo máximo de noventa días, contados desde la fecha de la retención, descrito en el Art. 242 del Código Orgánico Integral Penal, será sancionada con la clausura de los locales o establecimientos hasta que cancele los valores adeudados, entonces el bien jurídico protegido en este tipo de delitos se determinaría el derecho a la salud y a la integridad física y psicológica, contemplado en los artículos 32 y 66 numerales 3 literales a y c, entonces no se observa el cumplimiento de la idoneidad, con respecto al subprincipio de necesidad se podría haber determinado mejores sanciones que persuadan a que el ente jurídico no cometa este tipo de hechos ilícitos que pondrían en riesgo la salud y la atención médica a los ciudadanos ecuatorianos.

Mientras que en el caso que se determinare que cualquier persona jurídica no cumpla con su obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, delito contenido en el Art. 243 del Código Orgánico Integral Penal, se le impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado; siendo necesario establecer que en este tipo penal se dispone la intervención del ente jurídico, sanción que no se encuentra descrita en el catálogo de penas establecidas para las penas jurídicas en nuestra normativa, contenido en el Art. 71 del Código Orgánico Integral Penal, situación con la que se estaría infringiendo la garantía básica contenida en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República, que en su parte pertinente determina: “ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley...”; además con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad, entonces el bien jurídico protegido en este tipo de delitos se determinaría el derecho a la salud y a la integridad física y psicológica, contemplado en los artículos 32 y 66 numerales 3 literales a y c, entonces no se observa el cumplimiento de la idoneidad, con respecto al subprincipio de necesidad se podría haber determinado mejores sanciones que persuadan a que el ente jurídico no cometa este tipo de hechos

ilícitos que pondrían en riesgo la salud y la atención médica a los ciudadanos ecuatorianos.

En los delitos previstos en la Sección Tercera del Capítulo Cuarto del Título Cuarto del Código Orgánico Integral Penal, estos son el de desarrollo, producción, tenencia, disposición, queme, comercialización, introducción, importe, transporte, almacenamiento, deposito o uso de productos, residuos, desechos y sustancias químicas o peligrosas, con los que se produzca daños graves a la biodiversidad y recursos naturales, contenido en el Art. 254 del Código Orgánico Integral Penal, se contemplan penas a la persona jurídica de multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general y la remediación de los daños ambientales causados, cuando el delito tenga prevista una pena de privación de libertad de uno a tres años; una multa de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general y la remediación de los daños ambientales causados, cuando el delito tenga prevista una pena de privación de libertad de tres a cinco años; y una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, la clausura definitiva, el comiso y la remediación de los daños ambientales causados, cuando el delito tenga prevista una pena de privación de libertad superior a cinco años, ante lo cual se determina que el bien jurídico protegido son los derechos de la naturaleza contemplados en los artículos 71, 72 y 73 de la Constitución de la República, y por ende las sanciones son proporcionales, pues se establece la idoneidad de la sanción porque se busca proteger el bien jurídico, es necesaria ya que va a persuadir su no cometimiento, pues las sanciones son diversas y buscan remediar el daño causado, entonces son debidamente proporcionales.

En los delitos tipificados en la Sección Sexta del Capítulo Cuarto del Título Cuarto del Código Orgánico Integral Penal, esto es actos contra los recursos mineros y los delitos contenidos en contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles, siendo estos actos cuando sin autorización de la autoridad competente se extraiga, explote, explore, aproveche, transforme, transporte, comercialice o almacene recursos mineros, actos de minería artesanal, tipo penal establecido en el Art. 260 COIP; en las infracciones en las que una persona que en beneficio propio o de terceros, financie o suministre a cualquier título maquinaria, equipos, herramientas y en general cualquier instrumento que se utilice para realizar las actividades descritas en el numeral anterior (Art. 261); los actos de paralización o suspensión de manera injustificada el servicio público de expendio o distribución de hidrocarburos o sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles (Art.

262); cuando una persona por si o por medio de un tercero, de manera fraudulenta o clandestina adultere la calidad o cantidad de los hidrocarburos o de sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles (Artículo 263). En los delitos en los que una persona que sin la debida autorización almacene, transporte, envase, comercialice, o distribuya productos hidrocarbúricos o sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles o estando autorizada, lo desvíe a un segmento distinto, en las cavidades señaladas previstas en la normativa expedida por la autoridad competente (Art. 264); determinándose en el Art. 267 del Código Orgánico Integral Penal, la pena de multa de quinientos a mil salarios básicos unificados; entonces determinando el bien jurídico protegido serían los recursos naturales no renovables contemplado en el deber del Estado, establecido en el Art. 3 numeral 7 de la Constitución de la República y el derecho de administrar, controlar y regular los sectores estratégicos, establecido en el Art. 313 ibidem y el derecho de propiedad de los recursos naturales no renovables, determinado en el Art. 317 de la ya citada Carta Magna, entonces el subprincipio de idoneidad estaría solventado, al igual que el subprincipio de necesidad, pues la multa pecuniaria al ser multas económicas fuertes serían un fuerte disociador al ente jurídico a cometer este tipo de actos.

Mientras que el Art. 265 determina que a las personas que en las provincias fronterizas, puertos marítimos, fluviales o mar territorial, almacene, transporte, envase, comercialice o distribuya sin la debida autorización, productos derivados de hidrocarburos incluidos el gas licuado de petróleo o biocombustibles (Art. 265); y por último, a las personas que por medios fraudulentos o clandestinos se apodere de hidrocarburos, sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, cuando sean transportados a través de un oleoducto, gasoducto, poliducto o a través de cualquier otro medio o cuando estos se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo; delitos en los que si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica por todas las acciones descritas en esta sección, el ente ideal será sancionado con multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, el bien jurídico protegido serían los recursos naturales no renovables contemplado en el deber del Estado, establecido en el Art. 3 numeral 7 de la Constitución de la República y el derecho de administrar, controlar y regular los sectores estratégicos, establecido en el Art. 313 ibidem y el derecho de propiedad de los recursos naturales no renovables, determinado en el Art. 317 de la ya citada Carta Magna, entonces la aplicación del principio de proporcionalidad en este tipo de sanciones estaría debidamente

solventado

En el caso que una persona jurídica se haya establecido que ha cometido el delito de cohecho tipificado en el tipo penal descrito en el Art. 280 del Código Orgánico Integral Penal, será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, aplicando el test de proporcionalidad podemos establecer que el bien jurídico protegido es la correcta actuación y accionar del servidor público en aras de tener una administración pública que cumpla con su finalidad de servir adecuadamente a la sociedad, entonces el subprincipio de idoneidad y necesidad esta debidamente determinado, con lo cual sería efectiva la aplicación del principio de proporcionalidad.

Al determinarse la responsabilidad de una persona jurídica en el delito de tráfico de influencias para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses, contenido en el tipo penal del artículo 285 del Código Orgánico Integral Penal, será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, igualmente el bien jurídico protegido es la correcta actuación y accionar del servidor público en aras de tener una administración pública que cumpla con su finalidad de servir adecuadamente a la sociedad, entonces el subprincipio de idoneidad y necesidad esta debidamente determinado, cumpliéndose con la aplicación adecuada del principio de proporcionalidad en este tipo de sanciones.

Si se determinará que una persona jurídica fue creada para la comisión del delito de lavado de activos tipificado en el Art. 317 del Código Orgánico Integral Penal, será sancionada con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objetos del delito, el comiso respectivo y su disolución y liquidación correspondiente, determinándose entonces la aplicación del test de proporcionalidad podríamos en primer lugar analizar si se cumplen con los preceptos del subprincipio de idoneidad, verificando si la sanción cumple con la búsqueda de la protección del bien jurídico protegido, debemos determinar que el delito de lavado de activos al ser un delito pluriofensivo, produciría la afectación a varios bienes jurídicos protegidos como son el desarrollo de actividades económicas, (Art. 66 numeral 15 de la Constitución de la República), la protección del sistema económico, la relación equilibrada entre sociedad, Estado y mercado determinado en los Arts. 283 y 284 de la Constitución de la República; entonces el análisis del subprincipio de necesidad estaría solventado; el subprincipio de necesidad debería determinarse que establecer la multa en el monto establecido, no cumple con los parámetros determinados en el Art. 70 del Código Orgánico Integral Penal, el comiso y la disolución del ente

societario, atenderían a la afectación de los bienes jurídicos protegidos, serían una fuerte determinación de persuasión de que no se cometan este tipo de delitos, usando a personas jurídicas para ello, pues determinaría la extinción de la vida jurídica del ente societario.

En los delitos en contra del sistema financiero, esos son el pánico financiero (Art. 322), la captación ilegal de dinero (Art. 323), la falsedad de información financiera proporcionada al público (Art. 324), cuando se determine responsabilidad a la persona jurídica, ésta será sancionada de acuerdo a lo contemplado en el Art. 325 del Código Orgánico Integral Penal, con multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, si la pena prevista tiene una pena de privación de libertad de menos de cinco años; una multa de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general si el delito tiene previsto una pena de privación de libertad igual o menor a diez años; la clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general si el delito tiene previsto una pena de privación de libertad igual o menor a trece años; y la extinción y multa de mil a cinco mil salarios básicos unificados del trabajador en general si el delito tiene previsto una pena de privación de libertad mayor de trece años; en este caso el bien jurídico protegido sería el derecho de propiedad, contemplado en los Art. 66 numeral 26, 321, 322 y 323 de la Constitución de la República y el cumplimiento de la finalidad fundamental de la existencia de las actividades financieras como un generador de financiamiento adecuado para el desarrollo de las actividades económicas del país, contemplado en el Art. 308 de la Constitución de la República, con lo cual podemos determinar que el subprincipio de necesidad estaría solventado, y el subprincipio de necesidad sería verificado, ya que las medidas de sanción adoptadas serían las menos restrictivas para las personas, pues lo que se está protegiendo con este tipo de actos típicos es la realización de acciones que pondrían en riesgo el sistema financiero, actividad económica tan volátil y riesgosa, cuyo desequilibrio generaría múltiples problemas y repercusiones en la sociedad, entonces las sanciones disuaden a que los entes societarios cometan este tipo de actos ilícitos; con lo cual se puede establecer que estas sanciones son proporcionales a los derechos fundamentales que se buscan proteger.

Conclusiones

- Durante décadas pasadas la capacidad y responsabilidad de las personas jurídicas resultaba indiscutible, porque con claridad suprema el derecho continental europeo negaba rotundamente su inexistencia para comparecer en el ámbito del derecho procesal penal, haciendo alusión a su inimputabilidad. Sin embargo, dada la globalización y las amplias reformas gestadas en su entornó, el mismo derecho continental español, notó como la delincuencia organizada, con frecuencia que alarma y asusta, hacía de la inimputabilidad penal el ideal escudo protector para cubrir de impunidad su basta labor criminal. Razón por la cual, dio un notable giro a la capacidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas, permitiendo de manera legítima en la actualidad llevarlas al banquillo de acusadas, cuando se sospecha que han sido autoras de algún delito.
- Las reformas gestadas dentro del derecho continental europeo, principalmente el derecho alemán, rápidamente se propagaron a todo el mundo, especialmente a América Latina, donde los Estados armaron un frente común para combatir las actividades ilícitas cometidas por las personas jurídicas que reiterativamente giraban en torno al narcotráfico, lavado de activos, defraudación, enriquecimiento ilícito, cohecho, pornografía y prostitución infantil, trata de blancas, esclavitud sexual, entre otros.
- Se resalta que, en nuestro ordenamiento jurídico, las innovaciones jurídicas que se han establecido en el último tiempo llegaron de la mano del establecimiento del Estado Constitucional de Derechos y Justicia en la Constitución de la República del Ecuador, y la promulgación de innovadores cuerpos legales como el Código Orgánico Integral Penal, reformas legales que entre cosas, contemplaron la existencia de la capacidad y responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- En la actualidad toda persona jurídica si se determina que sus acciones u omisiones determinan la existencia de un hecho punible como posible autora de un acto delictivo puede instaurarse un proceso penal en su contra, en el que se tendrá que establecer la existencia de un tipo penal y la responsabilidad del ente jurídico. Se debe resaltar la implementación del principio de proporcionalidad en la estructura de la norma constitucional, asegurando que se busque la debida proporción entre los actos ilícitos que se imputan y las sanciones que se determinen por el cometimiento de dichos actos, considerando como la principal aplicación de este principio la limitación de la facultad

sancionadora del Estado en la determinación de penas que se equiparen al daño ocasionado por las personas jurídicas responsables del acto penal injusto.

- Se ha establecido en la presente investigación que varias de las penas que la norma penal ha instituido en contra de las personas jurídicas no son proporcionales, es decir, no cumplen con el principio constitucional de proporcionalidad, contemplado en el Art. 76 de la Constitución de la República, pues no han superado el test de proporcionalidad que se encuentra determinado en el Art. 3 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de varias sentencias de la Corte Constitucional que han sido debidamente determinadas en el presente trabajo.

Recomendaciones

- Determinar la presentación de una acción de control abstracto de constitucionalidad, en contra de los artículos 94, 109, 205, 217, 217.1, 218, 237, 242, 243 y 325 del Código Orgánico Integral Penal, para verificar la debida aplicación del principio de proporcionalidad en las penas establecidas a las personas jurídicas, amparándose en lo contemplado en los artículos 74, 75, 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Estimular reformas legales que busquen complementar los tipos penales en que se establece responsabilidad a las personas jurídicas, reformando las sanciones establecidas en su contra, en aras de que todas ellas cumplan con el principio de proporcionalidad contemplado en el Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República.
- Desarrollar debates académicos que coloquen en la palestra de la discusión los medios idóneos para institucionalizar dentro de la Administración de Justicia al principio de proporcionalidad cuando el juzgamiento se desarrolle sobre la actividad ilícita de las personas jurídicas.
- Implementar mecanismos de seguimiento pertinentes para determinar que en la aplicación de las penas contempladas en el Código Orgánico Integral Penal a las personas jurídicas se implementen los principios de ponderación y proporcionalidad contemplados en la Constitución de la República, por parte de las autoridades administrativas correspondientes.
- Dar cabida a amplias y frecuentes capacitaciones dentro de la Administración de Justicia, para que los actuales operadores y administradores judiciales, con respecto a líneas doctrinarias y avances normativos de la atribución de responsabilidad penal a los

entes colectivos, y la imposición de sanciones a quienes se ha establecido la debida responsabilidad penal, teniendo en cuenta para dicho fin, la aplicación del principio de proporcionalidad.

Bibliografía

- Alexy Roberth, *Teoría de los derechos fundamentales*, (Barcelona: LEGIS, 1993).
- Arias Diana, *Proporcionalidad, pena y principio de legalidad*, (Madrid: Revista de Derecho InDret, 2012)
- Bacigalupo Silvina, *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (Barcelona: Editorial Boch, 1998).
- Bajo Fernández Miguel, ed. 1978, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid: Ara Editores.
- Baratta Alesandro, *Derechos Humanos, principios del derecho penal mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite a la ley penal*, (Montevideo: Editorial B de F, 2016).
- Barnes Javier, *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*, (Madrid: Revista de Administración Pública, 2009).
- Bernal Pulido Carlos, *La razonabilidad de la ponderación*, (Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, 2006).
- Binder Alberto, *Justicia penal y estado de derecho*, (Buenos Aires: Ad Hoc, 2004).
- Bobbio Norberto, *La era de los derechos*, (Madrid: Ediciones Cátedra, 2017).
- Bustos Ramírez Juan, *Control social y otros cambios*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2008).
- Carbonell Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008).
- Castillejo Raquel, *Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012).
- Chávez Hontou Gaston, *La inexigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad*, (Montevideo: Ingranussi, 1999).
- Conde Francisco, *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico*, (México: Universidad de Huevla, Revista Penal No. 9, 2002).
- Devis Echandia Hernando, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, (Bogotá: Temis, 2009).
- Díez Gargari Rodrigo, *Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte*, (México DF.: Cuestiones Constitucionales, 2012).

- Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008.
- Feijo Sánchez Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, (Madrid: Reus, 2007).
- Foffani Luigi, *Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?*, (Medellín: Universidad EAFIT, 2010).
- Galgano Francesco, *El concepto de persona jurídica*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004).
- García Caverero Percy, *Derecho penal general*, (Lima: Editorial Grilez, 1999).
- Gimbernat Marinucci Enrique, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático en estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, (Madrid: Universidad Complutense, 2008).
- Gómez Jara Carlos, *Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (Madrid: La Ley, 2016).
- Gómez Víctor, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).
- González José, *El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Valencia: Tirant lo Blach, 2012).
- Guzmán Dalbora José, *Sentido de la pena*, (Montevideo: Editorial B. de F, 2013).
- Hrushka Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (Montevideo: B de F, 2009).
- Hurtado Pozo José e Meini Méndez Iván, *Las personas jurídicas frente al Derecho Penal peruano*, (Valencia: Civitas, 2001).
- Jakobs Günther, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004).
- Jiménez de Asua Luis, *Principios del Derecho Penal. La Ley y el delito*, (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1958).
- Luhmann Nikolas, *El derecho en la teoría de la sociedad*, (Barcelona: Editorial Bosch, 1993).

- Marinucci Giorgio, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático*, (Santiago de Chile: ISBN, 2008).
- Mir Puig Santiago, *Derecho penal. Parte general*, (Barcelona: Reppertor, 2008).
- Plasencia Villanueva Raúl, *Teoría del Delito*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004).
- Reinhart Maurach y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general*, (Buenos Aires: Astrea, 2015).
- Roxin Claus, *Sobre la autoría y participación en Derecho Penal*. (Göttingen: Universidad de Göttingen, 2015).
- Sánchez Silva Jesús, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (Montevideo: B de F, 2006)
- Santiago Carlos, *La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica en ética y derechos humanos*, (Buenos Aires: Astrea, 2015).
- Sapag Mariano, *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado*, (Cundinamarca: Universidad de La Sabana Colombia, 2008).
- Savigny Friedrich, *Sistema del Derecho Romano Actual*, México: FACSIMIL.
- Schunemann Berns, *Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas*, (Madrid: ID, 2002).
- Terradillos Juan, *La Constitución penal. Los derechos de libertad, en Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid: Trotta, 2003).
- Vallejo Jaen, *Nuevas conductas delictivas: especial referencia al derecho penal económico*, (Lima: ARA Editores, 2016).
- Varsi Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, (Lima: Gaceta Jurídica – Universidad de Lima, 2005).
- Vicuña, Liz. *La sociedad y la empresa sus principales aspectos diferenciadores*, (Lima: Themis, 2012)
- Zugaldía Espinar José Miguel, ed. 2013, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y sus directivos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).
- Zuñiga Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona: Aranzadi, 2017).

Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho y Proceso Penal*, Navarra: Aranzadi, 2003).