

LOS PROBLEMAS EN LA IMPUTACIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR¹

THE PROBLEMS IN THE CRIMINAL PROSECUTION OF LEGAL ENTITY'S IN ECUADOR

Pedro Martín Páez Bimos²

RESUMEN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en la reforma del año 2014, en el Código Orgánico Integral Penal, cumplió con los principales obligaciones de carácter internacional que el país tenía pendiente. No obstante tal como lo señala actualmente el artículo 49, existen varios problemas de carácter doctrinario y constitucional que dificultan la imputación de la criminalidad empresarial, y que por lo tanto producen un efecto negativo en la eficacia de los mecanismos normativos implementados. Tanto es así que hasta la fecha son contados los procesos penales imputados a las personas jurídicas y mucho menos las sentencias condenatorias, dado que en esencia estas reformas responden más a un carácter formal que sustancial.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, derecho penal, cultura empresarial, derecho penal económico, compliance.

ABSTRACT

The criminal responsibility of legal entity's introduced in the reform of 2014, in the "Código Orgánico Integral Penal", complied with the main international obligations that the country had pending. However, as currently stated in article 49, there are several problems of a doctrinal and constitutional nature that hinder the imputation of corporate criminality, and therefore have a negative effect on the effectiveness of the normative mechanisms implemented. Currently are a few criminal processes charged to legal persons, much less convictions, given that these reforms essentially respond to a formal obligation.

KEYWORDS: Criminal liability of legal entity's, criminal law, corporate culture, economic criminal law, compliance.

¹ Artículo recibido el 3 de mayo de 2017 y aprobado el 24 de mayo de 2017

² Investigador independiente, responsable departamento legal INEXTEC Cia, Ltda, Quito, Ecuador.

Sumario: I. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. II. Características del *Compliance Program*. III. Las personas jurídicas como sujeto responsable penalmente en el Código Orgánico Integral Penal. IV. Responsabilidad por hecho ajeno o por hecho propio V. Exclusión de la responsabilidad en el artículo 31 bis del Código Penal español VI. Necesidad de replantear el artículo 49 del COIP

* * *

I. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La realidad criminal actual ha provocado que los sistemas penales alrededor del mundo, generen esfuerzos para enfrentar los problemas delictuales que se relacionan con la economía de los países y el sector empresarial. En el pasado rigió la máxima de *societas delinquere non potest*, es decir, que las sociedades no eran susceptibles de imputación penal, puesto que la realidad a la que se enfrentaba el mundo era distinta. Uno de los principales pioneros que empezó a desarrollar trabajos para construir la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue GUNTHER HEINE, con su obra "*Technischer Fortschritt*", la cual señala los problemas por el que pasan los Estados, al no poder controlar de manera eficaz la protección de los bienes jurídicos de la sociedad, ya que el crecimiento de las sociedades han sido exponenciales frente al control de los Estados. Lo que manifiesta el autor, tiene sentido si revisamos desde una perspectiva histórica el desarrollo en la complejidad y el poder económico de las corporaciones, en contraste con ciertos Estados que no logran satisfacer las necesidades básicas de sus habitantes, ni se comparan en algunos casos al poder económico que tienen éstas.

Por lo tanto, es necesario regular la responsabilidad de las empresas cuando se vean involucradas en conductas delictuales, las cuales conocen de manera específica cada particularidad en el ejercicio de sus fines productivos o comerciales. Ya venía manteniendo GÓMEZ-JARA ciertos motivos por los que las empresas deben ser quienes formen parte activa de la regulación para prevenir delitos, "*En efecto, son las grandes empresas las que, en primer lugar, desarrollan nuevos productos, métodos de producción y tecnologías procedimentales adecuadas; en segundo lugar, las que llevan a cabo las correspondientes investigaciones tecnológicas y procedimentales, y en tercer lugar, las que disponen de sus propios departamentos jurídicos y de investigaciones de mercado*³.", además de tener pleno conocimiento del riesgo producido de las actividades de carácter comercial que desarrollan. Estas son características de las modernas sociedades policéntricas que trataba WILLKE, en la que el desarrollo de la sociedad ha ido creciendo desde diferentes polos y no de manera centralizada⁴, uno de estos es el sector mercantil-empresarial, en el que las circunstancias de los riesgos que producen son características de las sociedades postindustrializadas.

ULRICH BECK también se ha venido manifestando desde hace algún tiempo sobre esta temática, en su trabajo sobre *La Sociedad del Riesgo Global*, desde un punto de vista de la sociología ambiental, en el cual establece que "...pues, hablar de la sociedad del riesgo global refleja la forzosa socialización global debida a los peligros producidos por la civilización. El nuevo estado del mundo es la base de la creciente importancia de las instituciones transnacionales..."⁵, por lo que expresa una clara preocupación por la construcción social que nos está llevando el desarrollo

³ GOMEZ-JARA, C. *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico*, B de F, Madrid, 2014, p 9.

⁴ *Ibidem*, p 10.

⁵ BECK, U. *La Sociedad del Riesgo Global*, Siglo XXI España Editores, 2002, p. 36.

posindustrial, y también sobre la necesidad de reflexionar como individuos sobre los mecanismos o herramientas para poder enfrentar con la mayor eficacia posible, el problema del crecimiento social desmedido. Son estas realidades dinámicas parte de la modernidad, en la que se desarrolla en mayor medida ciertas áreas del conocimiento como la tecnología y el cada vez más complejo aparataje empresarial, lo que motiva a plantear nuevos bienes jurídicos que proteger en el derecho penal, sean estos escasos o colectivos.

Esta corriente de expansión que se encuentra justificada, es respaldada por SILVA SÁNCHEZ en base del constante cambio social, sin embargo, este autor reconoce que existen ciertos problemas de carácter dogmático en la construcción de nuevas figuras penales para enfrentar a la delincuencia de la globalización, “*El Derecho penal de la globalización no es, sin embargo, todo el Derecho Penal. Como se indicó al inicio, se concentran en la delincuencia económica u organizada y en modalidades delictivas conexas con estas*”⁶, no obstante, reconoce que frente a este tipo de problemas existe un derecho penal de dos velocidades, uno el tradicional de la teoría del delito general y uniforme, y otro segundo que es alterado por las necesidades político-criminal que han venido desarrollándose paulatinamente.

Estos fundamentos se relacionan de manera directa con una política internacional que ha tenido varios resultados en ciertos países del mundo. Algunos como Alemania no han optado la vía penal para responsabilizar a las personas jurídicas y se han mantenido dentro del ámbito del derecho administrativo desde la *Ausfertigungsdatum: 24 mayo 1968*, sin embargo, otros países como España, han optado por integrar la responsabilidad de las personas jurídicas al ámbito penal, en los que ya se encontraban Francia, Bélgica, Holanda y Dinamarca. Hay que mencionar que en estos países, la Unión Europea ha ejercido cierta presión por parte de sus directivas y legislación basándose en el modelo anglosajón⁷. Sin embargo, cada país ha venido desarrollando su propia conceptualización y refinando los mecanismos apropiados para responsabilizar a las personas jurídicas, en el caso de España estas reformas se introdujeron mediante la *Ley Orgánica 5/2010*, la cual a venciendo las duras críticas de cierto sector doctrinal, y posteriormente con la *Ley Orgánica 1/2015*, se volvió a modificar para resolver un punto fundamental que fue controvertido, el cual corresponde al esclarecimiento sobre si la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta por hecho propio o por hecho ajeno, lo cual revisaremos más adelante.

El defecto de organización es el principal motivo que fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actualidad, es decir, por no cubrir este déficit en su organización que permite el cometimiento de delitos, y que afecta a los bienes jurídicos tutelados. Este error que existe en los gobiernos corporativos son los que chocan de manera frontal con el ideal comportamiento de los “*Good Corporate Citizens*” o con la correcta cultura corporativa, la cual es una pieza clave del agente mercantil, y que también comparte su fundamento en la normativa comercial con el principio de buena fe. Siguiendo esta misma lógica es necesario que dentro de las empresas se mantenga en orden todas sus operaciones en base de una normativa penal que sea clara. Parte de este control propio de la compañía se encuentran en el *Compliance Program* o programa de cumplimiento, que deben implementar las

⁶ SILVA SANCHEZ, J. *La expansión del Derecho penal, tercera edición*, B de f, Buenos Aires, 2011, p 95.

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p 27.

empresas para prevenir la criminalidad empresarial que puede ocurrir bajo su seno, o de tenerlo implementado de una manera correcta e idónea, sirva como una justificación para eximir la responsabilidad penal de la empresa cuando el delito se cometa superando estos mecanismos.

II. Características del *Compliance Program*

Los programas de cumplimiento son unos de los temas penales más en boga de los últimos años, no obstante, no es un instrumento nuevo dentro del mundo jurídico y sobre todo, en el derecho anglosajón. Podemos definir al *Compliance* como “...las medidas tendientes garantizar que todos y cada uno de los miembros de una empresa, desde el presidente del consejo de administración hasta el último empleado, cumplan con los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales...⁸”, y en el supuesto de irrespeto de estas medidas, que sea posible su descubrimiento y procedente sanción. Según IVÓ COCA VILA, está compuesto por siete fundamentos principales que lo caracteriza como un instrumento diverso, el cual va más allá del ámbito jurídico formal⁹:

1. Cultura de cumplimiento: Por este fundamento se debe entender que tanto trabajadores como directivos deben ser respetuosos con el ordenamiento jurídico en general y el de la propia empresa, sobre todo debe existir una voluntad plena para cumplir los mandamientos éticos esperados. Se debe armonizar diferentes mecanismos de promoción y acceso a la información de valores, y una cultura de respeto a los reglamentos y estatutos, así como mecanismos de denuncia efectivos que permitan en la práctica aportar en la investigación de cualquier comportamiento reprochable.

2. El pre-establecimiento de objetivos empresariales: Se debe establecer una serie de objetivos o metas dentro del programa de cumplimiento, que permitan de manera clara entender esta armonización que pretende el modelo de gestión. Para esto, será necesario delimitar de manera autónoma todos los actos empresariales dentro de un sistema interno, y adaptarlos con las metas generales de actuación empresarial, para que de esta manera se permita llevar acabo enjuiciamientos sobre los riesgos concretos por cada área de actividad.

3. La evaluación de riesgos: La evaluación de los riesgos trata de identificar todas las amenazas que cabe esperar de una actividad empresarial, para a posterior, proceder a estimar una probabilidad de que se materialice en un daño concreto. Este proceso de evaluación debe ser revisado con continuidad para actualizarlo de ser necesario.

4. La adopción de medidas necesarias para la contención de riesgos: Una vez evaluado los riesgos, se debe adoptar las medidas necesarias en un programa de cumplimiento, el cual buscará minimizar los riesgos previsibles bajo el umbral jurídico-penalmente tolerable. También es necesario que se dé la instrucción suficiente a los delegados que están encargados del programa de cumplimiento, tal como cualquier órgano dentro de la estructura empresarial, para que estos puedan cumplir su función encomendada de manera plena.

5. La delimitación de los ámbitos de competencia: Debe haber una clara determinación de los roles de cada persona y procesos dentro de la estructura

⁸ COCA VILA, I, ¿Programas de Cumplimiento como forma de Autorregulación Regulada?, *Criminalidad de Empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, p 54.

⁹ *Ibidem*, p 56 – 59.

empresarial, que deberán ser añadidos al modelo de gestión, con el fin de establecer competencias y responsabilidades en el caso de su incumplimiento, permitiendo mayor facilidad en la imputación de responsabilidades tras la infracción.

6. El sistema interno de comunicación: La existencia de unos mecanismos apropiados de comunicación permite la transmisión adecuada y de calidad en la información, tanto entre los trabajadores con los directivos (*bottom-up*), como por ejemplo en los casos de denuncias, como de los directivos a los trabajadores (*bottom-down*), para que conozcan la información relevante para el ejercicio de su concreta actividad, siendo el oficial de cumplimiento o la dependencia respectiva quien medie en la comunicación.

7. El sistema de supervisión y sanción: El sistema se fundamente en la configuración de agentes que investiguen, detengan y sancionen al infractor, pero además, que evalúen la misma estructura para detectar el error y remediarlo. Se debe establecer un proceso documental para que el agente pueda de una manera sencilla y rápida entender los procesos internos empresariales, así como un expediente de decisiones adoptadas en el pasado. Por último, se deben adoptar medidas para que los mecanismos de denuncia no generen temor al trabajador por futuras represalias. Para lo que sería pertinente la creación de un órgano dentro de la estructura empresarial.

Los programas de cumplimiento se encuentran aplicados desde hace algunos años en distintos países como en el caso de Italia, que regulo los programas de cumplimiento en el año 2001 mediante el derecho administrativo¹⁰, o la regulación en Estados Unidos tras los casos World-Com o Enron, los cuales demostraron la falta de regulación y control frente la realidad criminal económica en la que se ven envueltas las empresas. Sin embargo, es interesante analizar los efectos jurídicos que tiene el programa de cumplimiento dentro de los procedimientos penales, y sus implicaciones para corregir la desproporción punitiva que existe al sancionar la responsabilidad de las personas jurídicas, sin valorar estos modelos de gestión. Un ejemplo de esto se da en el sistema penal español, que fue reformado en el año 2015, permitiendo que el artículo 31 bis, permita la debida y correcta aplicación de los modelos de organización y gestión (programas de cumplimiento), como una circunstancia eximente, siempre que se cumplan los estándares mínimos establecidos en el numeral 5 del mismo artículo, y que por lo tanto, estos no sean programas meramente formales¹¹.

III. Las personas jurídicas como sujeto responsable penalmente en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)

La última y gran reforma realizada en materia penal sustantiva y adjetiva inicio tras algunos años de discusión a comienzos del 2011, que terminó como resultado con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal, el 10 de febrero de 2014, el cual recoge varios pensamientos de las diferentes escuelas del derecho penal. Dentro de las reformas planteadas en este nuevo código que dejó obsoleto al código del año 1971 (que fue reformado en muchas ocasiones), está claro que se siguió una corriente expansionista en el catálogo de delitos, al tipificar los delitos contra la humanidad, contra el régimen de

¹⁰ DECRETO LEGISLATIVO 321/2001, 8 de junio de 2001, “*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persona giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica.*”

¹¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015*, p. 695.

desarrollo, económicos, financieros, entre otros delitos más¹², sin embargo, ninguno artículo llamo más la atención como la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se recoge en el artículo 49 del mismo cuerpo legal, que establece:

“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 mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.”

Como mencionamos con anterioridad, las necesidades político-criminales son las que se reflejan en este artículo, el cual se fundamenta al responder ante la realidad de la criminalidad organizada, fraudes corporativos y el blanqueo de capitales. Incluso se reconoció que el Ecuador realizó un avance en esta materia al incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las primeras mesas de debate legislativo, que se venían desarrollando desde el año 2012¹³, y esto tiene sentido si lo coordinamos con el resto de sistemas penales en el derecho comparado. La legislación española generó una influencia importante en la redacción de este artículo, el cual se parece en su estructura típica al antiguo artículo 31bis que introdujo la LO 1/2010, sobre todo en la determinación de un “provecho propio para la empresa” o en su defecto, de sus representantes legales y administradores en general (cuando el código se refiere a asociados), como elemento clave que vincula el beneficio de la acción criminal.

Bajo el mismo criterio de la legislación española, el artículo 49 del COIP se encuentra delimitado en su campo de actuación bajo un catálogo de delitos *numerus clausus*, para los delitos de lesa humanidad, las diversas formas de explotación humana, la ocupación o uso ilegal de suelo (tráfico de tierras), la insolvencia fraudulenta, la quiebra fraudulenta, tráfico ilícito de migrantes, la producción y comercialización de medicamentos e insumos caducados, la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para los delitos contra el ambiente y la naturaleza o *Pachamama*, el delito de defraudación tributaria y las operaciones indebidas de seguros, entre otros¹⁴. Que buscan por defecto discriminar los delitos que no pueden ser cometidos por las personas jurídicas y que solo serán responsables las personas físicas que realicen las

¹² MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevos delitos incluidos en el Código Orgánico Integral Penal. Recuperado de: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/08/TIPOS-PENALES-COIP.pdf>.

¹³ ASAMBLEA NACIONAL - COMISIÓN ESPECIALIZADA PERMANENTE DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO. Borrador de informe para segundo debate” Proyecto Código Orgánico Integral Penal”, 2012, p 19.

¹⁴ La técnica legislativa del legislador ecuatoriano tomó como opción la delimitación de *numerus clausus*, para lo cual estableció en la parte central o final de los artículos 90, 109, 201, 205, 207, 213, 217, 218, 235, 237, 242, 243, 258, 267, 298, 308, 316, 317, 325, y 367, del Código Orgánico Integral Penal.

conductas descritas en el tipo penal. No obstante, existe cierta posición doctrinal que busca ampliar el catálogo de delitos para las conductas que atente contra la vida o la integridad física de manera dolosa y no solo imprudente.

Este artículo ha sido criticado por sus inconsistencias y por forzar una interpretación extensiva, sobre todo cuando se refiere a los sujetos activos del tipo, y que por razones materiales le corresponde a una persona natural, cuando se refiere a “factores”, “terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión” y “en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”, los cuales pueden permitir una sanción injusta sobre la persona jurídica cuando un sujeto que no tiene una obligación legal o contractual, ni se encuentra bajo supervisión o debido control del consejo de administración, comete una infracción que beneficie a la persona jurídica. Además de compartir ciertos problemas procesales como la representación judicial de la persona jurídica en el procedimiento investigativo pre procesal y procesal, en el que al igual que en todos los procesos se deben respetar las garantías jurisdiccionales emanadas de la Constitución¹⁵. Tampoco se establecen circunstancias atenuantes que puedan colaborar con posterioridad al hecho delictivo y que tienen como finalidad la reparación del daño producido, la colaboración con las autoridades judiciales o la prevención de futuros delitos¹⁶, solo estas conductas serán atípicas cuando no se cometa en beneficio propio de la sociedad. Actualmente no se han registrado sentencias de trascendencia sobre esta problemática, ni tampoco desarrollo jurisprudencial sobre el tipo de responsabilidad de la persona jurídica por parte de la Corte Nacional de Justicia, algunas causas se encuentran en la jurisdicción de las Cortes Provinciales, las cuales tampoco profundizan el tipo de responsabilidad, ni los problemas procesales o las circunstancias particulares de esta nueva institución jurídica¹⁷.

Es interesante mencionar la reforma de la LO 1/2015 sobre el artículo 31 bis del Código Penal español, la cual modificó con gran importancia la antigua redacción y conceptualización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que tenía el antiguo 31 bis. Este artículo ahora plantea una exención de la responsabilidad penal cuando “*el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de control*”¹⁸, si se da una acreditación parcial de estas circunstancias, estas serán valoradas como atenuantes de la pena. Es decir

¹⁵ ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución del Ecuador, 2008, artículo 76.

¹⁶ Tal como se estableció en su momento en el 31 bis de la LO 1/2010 y actualmente se trasladó al artículo 31 quater por la LO 3/2015.

¹⁷ Se puede apreciar un ejemplo de esta falta de profundización en los aspectos penalmente relevantes en el Juicio No. 09284-2014-15083, que se encuentra en la Sala Especializada de la Corte Penal de la Provincia de Guayas, por un delito aduanero.

¹⁸ Esta modificación sustancial planteada en la reforma del año 2015, se centra en el apartado 2, del artículo 31 bis, en el que establece ciertas particularidades para la exención de la responsabilidad de las personas jurídicas, cuando cumpla con los requisitos normativos señalados en la norma.

existen ciertas circunstancias modificativas que eximen de responsabilidad penal a la empresa, siendo un desarrollo normativo de gran importancia para evitar una desproporcionalidad punitiva en la valoración propia de su injusto, y que se desarrollará con mayor detalle más adelante.

La discusión sobre si la persona jurídica responde por hecho propio o por hecho ajeno, es una de las principales discusiones que las diferentes academias del derecho penal actual están teniendo al respecto, y sobre todo, que ha generado una serie de trabajos investigativos en España por diferentes autores¹⁹, y de la cual en el Ecuador aún no se ha tratado como una problemática útil para su sistema penal. En el artículo 49 del COIP no se encuentra plasmado ciertos avances doctrinales y jurisprudenciales que han debatido sobre la responsabilidad por hecho ajeno, cuando uno de los principales avances jurídicos de las ciencias penales ha sido la responsabilidad individual en la doctrina del derecho penal general. La construcción del *Compliance* en materia penal y el “defecto de organización”, son aportes que sirven para desplazar la constitución del hecho infractor de la persona natural a la empresa, por no adoptar las medidas apropiadas en materia de control de delitos, y que por lo tanto, buscan establecer una responsabilidad por hecho propio.

IV. Responsabilidad por hecho ajeno o por hecho propio

El controversial tópico en la actualidad penal sobre si la responsabilidad de las personas jurídicas corresponde al hecho ajeno de una persona natural, o sobre si corresponde a una autentica responsabilidad propia de la empresa, es uno de los debates en materia penal. En el caso del Ecuador hay una gran cantidad de juristas practicantes que tienen gran dificultad en el reconocimiento de ésta figura, puesto que genera muchos problemas si se aplica de manera regular los criterios contemporáneos de la teoría del delito, ya que el análisis del tipo penal cambia y no se le puede imputar de la misma forma que la responsabilidad penal de una persona física.

El principio de culpabilidad, perteneciente al derecho penal subjetivo, es uno de los más relevantes al momento de analizar la responsabilidad penal entre el sujeto activo que comete la infracción penal, y las consecuencias jurídicas producidas de manera material, sean estas de peligro o de resultado. Este principio tiene diferentes aplicaciones en la realidad penal; la primera tiene que ver como fundamento o motivación de la pena, es decir si amerita o no imponer una pena al autor, tras revisar su capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de una conducta distinta; la segunda tiene que ver como un elemento de determinación de la pena, es decir la gravedad, duración y determinación en relación a los hechos que desarrollo el agente; y en tercer lugar, como proscripción de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva²⁰. Por lo que dentro del análisis este principio se debe tomar en cuenta la capacidad de culpabilidad, como un elemento importante para poder sancionar al sujeto activo. Para que opere con plena eficiencia este principio es necesario que se dé cierto grado de participación o responsabilidad subjetiva del infractor para que responda penalmente. Este es el principal problema y fundamento para quienes niegan que pueda existir una responsabilidad penal de las

¹⁹ Se pueden revisar las obras de SILVA SÁNCHEZ, GÓMEZ JARA, BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS, entre otros, que abordan la responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema penal español.

²⁰ MUÑOZ CONDE, F. ²⁰ Muñoz Conde, F. *Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015*, p 102

personas jurídicas, ya que a estas es imposible analizarlas subjetivamente por carecer lógicamente de capacidad de culpabilidad.

No obstante, esto no ha detenido la tipificación y posterior imputación a las personas jurídicas como sujetos responsables penalmente, sino que se ha buscado que el principio de culpabilidad, por obvias razones, sea adaptado para satisfacer la necesidad de sancionar a los *macrocrímenes* en el que participan y se aprovechan las personas jurídicas. Es por lo mismo que la principal diferencia entre la responsabilidad vicarial de las personas jurídicas y la responsabilidad individual en materia penal, es importante para poder diferenciar el campo de actuación de la responsabilidad penal de la responsabilidad civil subsidiaria. La responsabilidad vicarial la cual consiste en la transferencia de la responsabilidad basada en una relación de *agencia, dependencia o subordinación*²¹, es la motiva a la responsabilidad civil subsidiaria a partir del principio *cuius commoda, eius incommoda esse debet*. Sobre la responsabilidad vicarial el Tribunal Supremo español, en su sentencia 544/2008, estableció que la corriente del derecho anglosajón que admite una responsabilidad penal vicarial, no se aplica en el derecho penal español, sino que tiene unas reglas de aplicación diferentes, puesto que la aplicación vicarial de la responsabilidad civil subsidiaria solo se dará si la persona jurídica no es declarada responsable penalmente²².

Al momento de analizar una responsabilidad individual dentro de este aspecto, estas deberán operar de manera irregular a la dogmática tradicional del derecho penal. Si revisamos el desarrollo del código penal español, encontramos que la reforma de LO 1/2015, estableció que las personas jurídicas tienen una responsabilidad individual estructural que es independiente de las personas físicas, por lo que la persona jurídica puede ser sentenciada penalmente sin la necesidad de la responsabilidad penal de la persona natural. Sin embargo, se debe reconocer la responsabilidad individual de la persona jurídica no limita u oculta la íntima relación que tiene con los actos de las personas físicas, en el cometimiento del tipo, no obstante cada una responde por fundamentos normativos individuales, es sobre este punto donde entra el defecto de organización o el irrespeto por una sana cultura empresarial. FEIJOO SÁNCHEZ establece que el actual modelo penal español tiene las siguientes características: “...*En definitiva, el modelo español de responsabilidad corporativa se caracteriza por ser un modelo de co-responsabilidad en el que cada uno de los responsables del mismo hecho lo son por razones normativas distintas. Esa es la razón por la que tanto la exclusión como la atenuación de dicha responsabilidad se rige por parámetros diferentes.*”²³, por lo que la conducta de la persona natural es un presupuesto del tipo en el artículo 31 bis, puesto que no se reconoce una transferencia de la responsabilidad del mismo.

En el caso del Ministerio Fiscal, este tiene otra visión sobre la misma reforma del año 2015, la cual la expuso en su circular 1/2016 para la aplicación dentro de su jurisdicción autónoma como organismo acusador. En ésta establece que “*Finalmente, la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica se refuerza muy notablemente con el valor eximente otorgado a los programas de organización, que merecen un*

²¹ FEIJOO, B. La responsabilidad corporativa en el código penal español, p 36.

²² La STS 554/ 2008 establece “...la expresión de origen anglosajón alude a que se responde de los hechos ajenos como si fueran propios, como si hubieran sido ejecutados en nuestro nombre. Es una responsabilidad que no admite excusa y, por tanto, objetiva...Es el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de los empleados en del artículo 120.4 CP, siendo viaria y de carácter objetivo, pues no admite, como hace el CC, ninguna prueba libertaria del empresario fundada en su comportamiento diligente”, esta sentencia es similar a la STS 213/2013 de 14 de marzo.

²³ FEIJOO, B. La responsabilidad corporativa en el código penal español, p. 86.

estudio más detenido... Todos estos elementos matizan el modelo de heterorresponsabilidad empresarial atenuándolo, permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero no llegan a cimentar un sistema de imputación propio o de autorresponsabilidad...²⁴. No obstante, lo que no observa la Fiscalía en este caso es que existe una relación entre el obrar de la persona física con la jurídica, y una conexión en los hechos de la infracción, pero que se bifurcan al responder cada uno por motivos normativos distintos, tal es el caso que puede ser sancionada la persona jurídica sin la necesidad que también se condene a la persona natural.

El Tribunal Supremo español también se refirió sobre este aspecto de la responsabilidad, mediante su sentencia 154/ }2016, en la que estableció que: “...*Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliance o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieren cumplidamente implementar... De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena, y por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden de calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.*”²⁵, por lo que sobre este punto el Tribunal Supremo se inclina por una controversial sentencia, por el modelo de co-responsabilidad por el hecho, como una fundamentación autónoma de la responsabilidad de las personas naturales con las que se relacionan.

En definitiva, es importante construir la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el principio de responsabilidad por el hecho o injusto propio, como uno de los principales limitantes al deber punitivo del Estado. Para GÓMEZ JARA la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre este punto debe ser analizada desde los conceptos de organización y riesgo permitido, por organización se debe entender a su sistema organizativo o su capacidad de autogestión, a la que algunas empresas logran llegar, para cumplir sus actividades hasta los límites de un riesgo permitido que es tolerado desde la perspectiva social, y es sobre esta gestión cuando “...*se considera que la persona jurídica tiene libertad de auto organización que puede utilizar correcta o defectuosamente. Cuando dicha libertad es utilizada de modo defectuoso, se produce un defecto de organización, que, desde la perspectiva jurídico-penal, constituye su injusto propio... La persona física actúa, precisamente, en el marco*

²⁴ Sobre este punto la fiscalía se fundamenta que aún no se encuentra la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una responsabilidad autónoma o propia, puesto que no se cumplen con los requisitos de dolo o culpa de las personas físicas, como tiene el diseño general del sistema penal español, Circular 1/2016, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuado por ley orgánica 1/2015”, p 9.

²⁵ En esta sentencia donde fue ponente el magistrado y hoy fiscal general, José Manuel Maza, establece dentro de sus precisiones “...*tratándose de materia tan novedosa como compleja...*”, ciertos puntos en los que permite delimitar ciertos conceptualizaciones jurídicas del artículo 31 bis tras la reforma planteada, en su numeral octavo.

de esa organización correcta o defectuosamente. Cuando la persona física actúa delictivamente dentro de una organización correcta, no se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica."²⁶. Es decir, el autor considera que la autoorganización de la persona jurídica es un elemento esencial para analizar el injusto propio, para que la misma tenga cierta posición de garante sobre el ámbito propio de su autogestión, para lo cual cita a LAMPE dentro del panorama de las personas sociales, en este caso las corporativas (*Verbandpersonen*), las cuales pueden ser productoras de un injusto social, por su falta de capacidad de organización que permite un libre margen de actuación de la persona física en muchos casos²⁷.

V. Exclusión de la responsabilidad en el artículo 31 bis del Código Penal español

Como ya se mencionó con anterioridad, la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, que establece la reforma del artículo 31 bis, establece una eximente de la responsabilidad penal, y en el caso de su acreditación parcial, una atenuante sobre la pena que se debe imponer. En el numeral 5, del artículo antes mencionado, se establecen los requisitos que deben contener los modelos de organización y gestión de las personas jurídicas en el desenvolvimiento de sus finalidades, tales como:

- Identificación de las actividades en cuyo ámbito se facilite el cometimiento de los delitos, que deban ser prevenidas en el modelo de gestión.
- Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución.
- Dotar de suficientes recursos financieros adecuados a los modelos de gestión (departamento u oficial de cumplimiento) para impedir la comisión de los delitos.
- Informar los posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el desempeño y sujeción del modelo de prevención.
- Establecer un régimen disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas.
- Realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación, cuando se ponga de manifiesto las infracciones relevantes de sus disposiciones o cambios en la estructura organizacional.²⁸

Estos requisitos planteados que tiene que identificar y valorar el juzgador, deben tener ciertos parámetros orientativos para que lo realice de la manera más acorde

²⁶ GÓMEZ JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Arazandi, España, 2016, p 126. El autor trata sobre este punto la separación del injusto entre persona jurídica y persona física, la cual debe ser valorada dependiendo las circunstancias en las que ocurre el delito en base de la propia organización empresarial o su gobierno corporativo, por lo que se debe diferenciar entre las personas jurídicas defectuosas o las que no, antes de atribuir responsabilidad penal.

²⁷ *Ibíd.*, p 123- 125.

²⁸ El artículo 31.5bis, establece unos elementos típicos de valoración al juzgador para tomar la decisión de sancionar o atenuar la pena de la persona jurídica en concordancia con el numeral segundo de su mismo artículo, no obstante esto no evita que se puedan establecer otros puntos que excedan y que fortalezcan las medidas preventivas de los programas de cumplimiento, como las certificaciones internacionales ISO.

posible con estas novedades jurídicas que se plantean. Hay que mencionar que estos criterios no guardan precedente dentro del derecho penal de tradición continental, y menos aún en el sistema penal ecuatoriano. La doctrina ha señalado ciertos criterios de valoración de los programas de cumplimiento, como la exigencia de sustantividad, es decir, una influencia real sobre las conductas de los dirigentes y empleados, para que no sea una mera formalidad; certificaciones adicionales por entes calificados, en el caso de existirlos; el compromiso de la alta dirección (*tone from the top*); las políticas éticas que existen al momento de contratar a altos directivos y empleados en general; la cooperación que preste la sociedad en base a la información interna de los modelos de cumplimiento con las autoridades de justicia; establecer características importantes como la gravedad, frecuencia y duración de las posibles conductas delictivas en los modelos de prevención; y tener una sólida estructura ética que permita tener procedimientos adecuados, tanto para las conductas previas al cometimiento de la infracción, como para los comportamientos post delictivos²⁹.

Los criterios antes mencionados refuerzan el marco conceptual que se plantea imponer como una política empresarial por parte del sistema penal, es decir, para que la empresa decida adoptar una cultura empresarial de respeto y sujeción a la ley, y donde primen los estándares éticos a lo largo y ancho de la estructura corporativa. Es importante mencionar sobre quien tiene la carga de la prueba para demostrar la exclusión de la culpabilidad de las personas jurídicas, puesto que por un lado se puede alegar que se le impondría una prueba diabólica al ente investigativo, y por el otro lado, puede generar cierta vulneración al sistema garantista penal al establecer a la misma empresa para que declare en su contra. Sobre este punto el sistema italiano mediante su *Decreto Legislativo 8 giugno 2001*³⁰, que trata dentro del ámbito administrativo la responsabilidad penal de la persona jurídica, establece que le corresponde a la persona jurídica demostrar este eximente y no a la acusación, lo cual guarda mucha lógica desde el punto de vista del control de la prueba, ya que quien tiene pleno conocimiento y gestión del material probatorio es la empresa, a diferencia del ente acusador.

VI. Necesidad de replantear el artículo 49 del COIP

El Ecuador enfrenta la gran necesidad de replantear el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, ya que actualmente existe una falta de entendimiento que puede afectar de manera directa a las garantías procesales, y que genera conflicto con los principales principios del derecho penal, como es la responsabilidad individual y propia del infractor. Es así como al observar los diferentes desarrollos normativos que se dan en materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los sistemas penales de España e Italia, dan gran relevancia e incluso adoptaron diferentes reformas en base de la experiencia anglosajona, en materia de *compliance* o de los modelos de gestión y prevención de delitos en materia penal, para evitar una desproporcionalidad punitiva en la imputación a las personas jurídicas.

²⁹ OLIVA – AYALA. *Memento practico Penal Económico y de la Empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p 185 – 187. Estos criterios son comentados en el memento antes señalado el cual es una obra grupal de varios autores que comentan la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 en su apartado 5.6 y varios criterios de la doctrina y jurisprudencia internacional.

³⁰ DECRETO LEGISLATIVO, 8 giugno 2001, n. 231, “Disciplina della responsabilita’ amministrativa della persona giuridiche, delle societa’ e delle associazioni anche prive di personalita’ giuridica, a norma dell’articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.” Este decreto legislativo publicado en la gaceta oficial no. 140 de 19 de junio de 2001, establece ciertas normas sustantivas y adjetivas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas de carácter reglamentario en el marco normativo italiano.

No esta demás decir que la tipificación que se realizó en el año 2014, estableciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, respondió a las principales obligaciones internacionales en materia de derecho penal económico con el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el cual mencionaba este déficit desde el año 2011, en su informe de GAFISUD, estableciendo la necesidad de tipificar dentro del sistema jurídico penal la responsabilidad empresarial³¹, y que gracias a estas modificaciones cuestionables, actualmente ya no pertenecemos a la llamada “lista negra” o de recomendaciones. Sin embargo, la tipificación del artículo 49 debe superar esta mera formalidad impuesta por la comunidad internacional, para ser un instrumento eficaz, que permita responder a una realidad globalizada y que encuentre un desarrollo normativo en su sustancia, por lo que es imperante la reforma e inclusión de los modelos de gestión para llenar este vacío que existe actualmente, y promover una verdadera cultura empresarial, en la que los ciudadanos corporativos sean parte integrante del respeto a la legalidad y el control propio de sus operaciones que se desarrollan en sus ejercicios económicos. Aunque se debe reconocer que por parte de la academia y los diferentes estudios jurídicos, se está empezando a desarrollar diferentes eventos de información sobre los oficiales de cumplimiento normativo y su importancia dentro del aspecto empresarial.

³¹GAFISUD. *Ecuador – Informe de evaluación mutua sobre lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo*, 11 de diciembre de 2011, p 45. Así lo estableció dicho organismo en su recomendación 2, al determinar que existe impunidad en el caso de los delitos que se comentan dentro del ámbito empresarial.