



DERECHO PENAL Y GOBERNANZA

Mauricio Enrique Pacheco

(Coautor y Coordinador)

Álvaro Román Márquez

José Luis Terán

Janetsy Gutiérrez Proenza

¿Por qué Derecho Penal y Gobernanza? El fenómeno de la globalización agudizado a partir de la última década del siglo XX reconfiguro la escena mundial antes dominada exclusivamente por las relaciones interestatales y por un segundo plano en el que interactuaban organizaciones no gubernamentales. El cambio alteró el orden de prelación reconfigurando la importancia económica, científica, académica, financiera y tecnológica las corporaciones que pasaron a constituir en agentes centrales del desarrollo social. El Estado pierde terreno e influencia y enfrenta una crisis existencial con amplias repercusiones que lo obliga a revisar y reestructurar nuevas formas de interacción y control social frente a actores poderosos que pretenden relegarlo del primer plano decisional y marcar distancias que deriven en grandes retrocesos alejados de las de las finalidades garantistas que pretendían los Estados tradicionales.

M.E.P.

60d/123500

345

D431

PEP

DERECHO PENAL Y GOBERNANZA

Álvaro Román
José Luis Terán
Janetsy Gutiérrez
Mauricio Enrique Pacheco

Coordinador: Mauricio Enrique Pacheco

Facultad de Jurisprudencia,
Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Central del Ecuador

-2017-

SIB - UCE

DERECHO PENAL Y GOBERNANZA

Álvaro Román
José Luis Terán
Janetsy Gutiérrez
Mauricio Enrique Pacheco

Coordinador: Mauricio Enrique Pacheco

ISBN 978-9942-30-448-3

© De esta edición: Facultad de Jurisprudencia UC

Diseño e impresión
PPL Impresores • 2529762
pplimpresores@gmail.com

Impreso en Quito, Ecuador
diciembre 2017

ÍNDICE DE CONTENIDO

Prólogo	9
----------------	---

Presentación	13
---------------------	----

EL DERECHO PENAL DE ECUADOR: MAXIMIZAR EL PODER PUNITIVO O GARANTIZAR LA MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL PODER PUNITIVO

Álvaro Román	19
---------------------	----

El Derecho Penal desde lo político	19
------------------------------------	----

El Derecho Penal desde lo filosófico-jurídico	23
---	----

¿Existe el cambio del Derecho Penal en el Ecuador?	27
--	----

Bibliografía	31
--------------	----

ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA INFRACTORA EN EL ECUADOR

José Luis Terán	33
------------------------	----

Introducción	34
--------------	----

Necesidad de penalización de las personas jurídicas.-	
---	--

Razones de política-criminal	35
------------------------------	----

Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	37
--	----

La responsabilidad penal de la persona jurídica en el mundo	39
---	----

La responsabilidad de la persona jurídica en el Ecuador	40
---	----

Modelos o sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas	41
--	----

Culpabilidad de las personas jurídicas	43
--	----

Conclusiones	46
--------------	----

Bibliografía	48
--------------	----

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA FIGURA DEL TESTAFERRO.

UNA VISIÓN DESDE LA DOGMÁTICA AL DERECHO PENAL ECUATORIANO FRENTE A LOS RETOS DE NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Janetsy Gutiérrez	51
Resumen	51
Introducción	52
El reconocimiento de la punibilidad de las personas jurídicas	55
La culpabilidad de las personas jurídicas desde el Nuevo Código Orgánico Integral Penal	57
La dogmática penal ecuatoriana frente a los retos de nuevas formas de criminalidad	60
La individualización de la responsabilidad penal en el COIP	63
La figura del testaferro desde la doctrina	67
Conclusiones	69
Bibliografía	72

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS CORPORACIONES EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LATINOAMÉRICA

Mauricio Enrique Pacheco	75
La responsabilidad de las personas jurídicas en el marco de la Unión Europea	75
La normativa comunitaria	75
¿Responsabilidad penal o responsabilidad administrativa?	82
Razones de política criminal	84
Razones prácticas	89
¿Por qué el derecho penal y no el derecho administrativo sancionador?	93
Instrumentos internacionales sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas para Latinoamérica.	96
La Organización Estados Americanos, OEA, los convenios regionales y la responsabilidad penal de las personas jurídicas	100
Funciones de sus organismos principales	101
La corrupción como factor dinamizador de la legislación regional impulsada por la OEA	106
Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC)	108
En el ámbito de los países del Mercosur	113

Formas de homogenización legislativa	113
Mercosur y la necesidad de una armonización legislativa en materia penal	115
El régimen comunitario del mercado común del sur, mercosur, y la posibilidad de establecer formas de responsabilidad penal para la persona jurídica	118
La normativa comunitaria suprarregional directa de la responsabilidad de las personas jurídicas	118
El proceso de armonización legislativa en relación con los aspectos penales de la integración	121
Procesos de cooperación	125
En el ámbito de la UNASUR	130
El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores	132
El Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas	133
Estatuto Consejo Suramericano en Materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones Contra la Delincuencia Organizada Transnacional – DOT	135
La Comunidad Andina de Naciones	137
La obligatoriedad de las decisiones comunitarias de la CAN y la potencial incorporación de normas penales de responsabilidad penal de las personas jurídicas	141
La minería ilegal en la Comunidad Andina de Naciones. Caso especial	145
La recepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los países latinoamericanos	149
Caso México	149
Caso Brasil	153
Caso de la República del Perú	154
Caso Colombia	156
Caso de Chile	161
Caso Argentina	164
Caso Costa Rica	167
Caso de la Republica de El Salvador	168
Caso Guatemala	168
Caso Honduras	169
Caso Nicaragua	170
Caso Uruguay	171
Conclusiones	171
Bibliografía	181

PRÓLOGO

Hay un hecho inmanente que a través del tiempo ha terminado configurando el actual carácter esencialmente humanista de la Universidad Central del Ecuador: la libertad de pensamiento y el profundo respeto a toda manifestación enmarcada dentro de un concepto de pluralismo jurídico configurado a través del pensamiento autónomo de los maestros, docentes e investigadores que hemos tenido el orgullo de contar, en la larga y fructífera historia, como integrantes del cuerpo docente de nuestra gloriosa facultad.

Determinados por una ineludible preocupación académica y social emanada por una reforma constitucional y penal como la que experimentamos cuando la Constituyente de Montecristi expidió la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008 y, posteriormente, cuando la Asamblea Nacional aprobó el Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia plena en Agosto del 2014, como autoridades de una de las universidades más importantes del país no podíamos distraernos de la tarea de fomentar e incentivar la investigación académica y científica encarnada como razón de ser de todo centro educativo superior que se aprecie de tal. Lastimosamente en un contexto de crisis económica y de problemas socio - políticos de enorme

complejidad, por el que atravesamos como país, un grupo de docentes ha emprendido la tarea de impulsar por sus propios esfuerzos un proyecto de investigación que recoge el producto del trabajo académico realizado en el primer semestre del ciclo 2017-2017.

Los libros *DERECHO PENAL ECUADOR*, *DERECHO PENAL Y GOBERNANZA*, y *DERECHO Y SOCIEDAD* recogen desde el Derecho Penal y desde el derecho en general una parte del sinnúmero de las preocupaciones académicas de los docentes e investigadores de nuestra Facultad de Jurisprudencia y que no tienen otro objetivo que contribuir al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano en términos de eficiencia y eficacia de un orden social democrático y respetuoso de los derechos fundamentales. Estas investigaciones han contado con el apoyo de las autoridades dentro del marco de restricciones que atravesamos pero que no han sido obstáculos para conjuntamente con la coordinación trabajar en el proceso de revisión de pares como requisito previo e ineludible para el auspicio institucional que respalda su publicación de estos libros, en cumplimiento de lo que ordena la normativa y la legislación universitaria que avala este producto cognoscitivo realizado por este selecto grupo de Docentes. Estamos seguros que este reconocido esfuerzo sin duda alguna servirá como insumo de discusión y fuente generadora de otras inquietudes investigativas a nivel nacional, aspecto que confirmará el firme propósito de convertir a nuestra Facultad de Jurisprudencia en la vanguardia de la investigación jurídica en el Ecuador. Los libros objeto del presente prologo se suman una producción editorial ya existente en nuestra Facultad que cuantitativa y cualitativamente justifica la delicada tarea, en la que estamos empeñados estudiantes, profesores, trabajadores y autoridades de la UCE.

Debo expresar mi público agradecimiento a la colaboración de varios docentes de la Universidad Técnica de Ambato, UTA, en las personas del Dr. Edwin Wilfrido Cortez Naranjo, Dr. Tarquino Tipantasig

Cando, del Dr. Segundo Ramiro Tite, Dr. Jorge Enrique Sánchez, Dr. Klever Pazmiño y especialmente del Dr. Borman Vargas, sin cuya colaboración no hubiera podido concretarse exitosamente la edición de los presentes libros.

Finalmente, reitero mis felicitaciones al Coordinador del Área Penal de la Facultad de Jurisprudencia – UCE, Dr. Mauricio Enrique Pacheco, y al Dr. Julio Andrade Maldonado Presidente de la Asociación de Profesores de la Facultad de Jurisprudencia por la exhaustiva labor que implica sacar adelante el presente proyecto. Igualmente mis felicitaciones a los autores, apreciados Docentes de esta la Facultad, por este excelente trabajo presentado a la comunidad universitaria y profesional del Ecuador, lo que desde ya nos ubica a la cabeza del pensamiento jurídico en el Ecuador.

Dr. Patricio Sánchez Padilla
Decano Facultad de Jurisprudencia
Universidad Central del Ecuador

PRESENTACIÓN

Sin margen para una amplia equivocación me atrevería a decir que el Derecho Penal en el Ecuador viene constituyéndose en forma tardía en una preocupación netamente académica evidenciada por varios investigadores con respetada formación teórica-práctica y una carrera docente de igual connotación y provenientes principalmente de las esferas estamentales universitarias. Aunque suene a verdad de Perogullo no es fácil investigar en el Ecuador dada la existencia de una estructura político educativa desorientada de la verdadera exigencia cognoscitiva de creación, análisis, crítica y sistematización del conocimiento científico humanista y liberador de ataduras ancestrales reproductivas de misiones escolares carentes de creación y de compromiso con la verdad y la justicia. Ni estructuras administrativas facilitadoras ni sistemas de compensación caracterizados por exiguas compensaciones y nulos beneficios laborales o institucionales pudieron en su momento haber servido como estímulo para la investigación penal más allá de los esfuerzos individualizados y excepcionales en los que se han constituido el reducido grupo de intelectuales del derecho que han dedicado años de esfuerzo por dilucidar, a la luz del pensamiento moderno, las tareas pendientes que como país quedamos debiendo al conocimiento científico del derecho.

Sin embargo, la reforma penal impuesta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la expedición del Código Orgánico Integral Penal, COIP, y el proceso de reestructuración académica en el que ha incurrido la universidad ecuatoriana, y en especial las facultades de Derecho, han permitido el inicio de un proceso de dinámico de retomar el objeto de estudio de la realidad ecuatoriana y desde la academia presentar

diagnósticos jurídicos utilizando la dogmática penal como instrumento que nos permita presentar posibilidades reales de nuevos procesos de asimilación reformativa o interpretativa de la ley penal que posibilite a una administración de justicia garantista de protección a los derechos fundamentales de los que pregonaba la Constitución de la República.

¿Por qué Derecho Penal y Gobernanza? El fenómeno de la globalización agudizado a partir de la última década del siglo XX reconfiguró la escena mundial antes dominada exclusivamente por las relaciones interestatales y por un segundo plano en el que interactuaban organizaciones no gubernamentales. El cambio alteró el orden de prelación reconfigurando la importancia económica, científica, académica, financiera y tecnológica de las corporaciones que pasaron a constituir en agentes centrales del desarrollo social. El Estado pierde terreno e influencia y enfrenta una crisis existencial con amplias repercusiones que lo obliga a revisar y reestructurar nuevas formas de interacción y control social frente a actores poderosos que pretenden relegarlo del primer plano decisorio y marcar distancias que deriven en grandes retrocesos alejados de las finalidades garantistas que pretendían los Estados tradicionales.

Esta agudización en las relaciones entre Estado y sociedad implican una redefinición de su papel frente al sector privado representado por las empresas privadas, las corporaciones, las asociaciones, comunidades y redes nacionales e internacionales de difícil control. Buscar un equilibrio positivo en el manejo de intereses es el arte de la gobernanza. Ya no se refiere a la imposición y uso de la soberanía y la autodeterminación del Estado sobre los ciudadanos como una relación de poder, sino a la construcción de una sociedad de intereses y de gestión positiva de riesgos bajo el control del Estado. Desarrollo y crecimiento, cooperación y cogestión, concesiones y control de riesgos entre lo público y lo privado es lo que se conoce en la actualidad como gobernanza.

No tenemos una definición concreta y limitada de Gobernanza porque es un término en construcción y tiene amplias connotaciones. Pero lo

que sí es seguro es que su definición y tratamiento implica una transformación de los fundamentos democráticos que la globalización obliga a repensar. El movimiento transnacional de recursos, personas, dinero, tecnología e ideología no es una interacción inocente e ingenua sino que tienen profundas consecuencias en los índices de criminalidad y en la aparición de nuevas formas delictuales que obliga a que conceptos como soberanía e independencia judicial de los Estados vayan difuminándose en beneficio de otro tipo de estrategias para enfrentar delincuencias más sofisticadas, violentas y poderosas, que van más allá de los conceptos tradicionales de territorialidad , jurisdicción y competencia.

Frente a este cuadro de preocupaciones que nace del estudio del fenómeno mundial de la globalización nace la idea de realizar una publicación colectiva sobre varios temas de Derecho Penal que recojan las inquietudes nacientes sobre Gobernanza enfocada desde lo penal tuvo eco en varios catedráticos de la Facultad de Jurisprudencia de la UCE, todos ellos con varios años de experiencia como docentes, investigadores y operadores de justicia, candidatos a PhD en universidades como la de Salamanca, marcaron un carácter estrictamente investigativo al conjunto de inquietudes planteadas en el desarrollo de sus investigaciones.

El Dr. Álvaro Román pretende responder a la pregunta sobre el cómo construir el derecho penal en el Ecuador desde lo político, filosófico y jurídico concentrado en los ámbitos alrededor de los cuales se ha centrado cierta discusión y que tiene que ver con el conflicto binario de seguridad y libertad. Hasta donde se puede sacrificar la libertad para ganar seguridad y hasta qué la seguridad ciudadana se ha convertido en el nuevo bien jurídico hegemónico que orienta la política criminal en el Ecuador y el mundo.

El Dr. José Luis Terán analiza en forma crítica los aspectos centrales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como figura entronizada como figura nueva por el Código Orgánico integral Penal, y pretende abordar esta crítica desde la prospección de las razones que

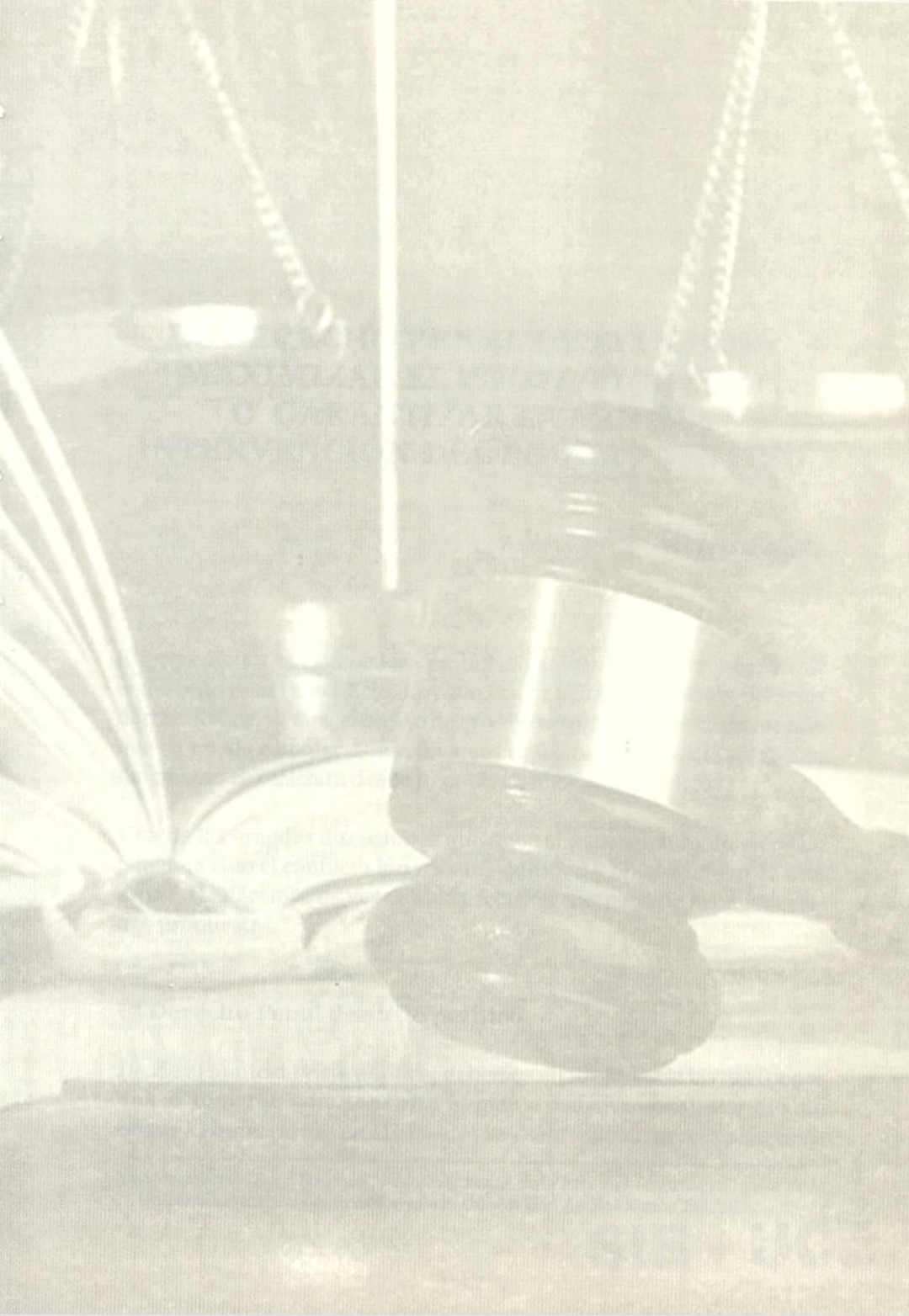
tuvo el legislador ecuatoriano para introducir esta figura en nuestro sistema, ensayando indicios de razones de política criminal y adoptando la teoría de que el modelo aplicable es el defecto de organización y no la adopción de un sistema vicarial.

La doctora Janetsy Gutiérrez, catedrática cubana radicada en el Ecuador, con su trabajo investigativo propuesto analiza las teorías que existen en torno al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas entendidos como sujetos del derecho penal, e incluir la relación que mantienen las mismas con las denominadas “testaferros” y cómo, a partir de la nueva concepción establecida en el Código Orgánico Integral Penal, se hace necesaria examinar en la dogmática del Derecho Ecuatoriano.

Finalmente el Dr. Mauricio Enrique Pacheco realiza un análisis prospectivo sobre los instrumentos internacionales comunitarios e intrarregionales que posibilitan la adopción de sistemas de imputación penal a las personas jurídicas dentro del mapa macro de la Unión Europea, de Latinoamérica, del Mercosur, Unasur y de la Comunidad Andina de Naciones en los que identifica un conjunto de complejidades y características subsistentes rastreando un mapa punitivo relacionados o fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Finalmente mi agradecimiento al señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Dr. Patricio Sánchez Padilla y al Dr. Julio Andrade Maldonado Presidente de la Asociación de Profesores de la Facultad de Jurisprudencia –UCE por el desinteresado apoyo moral y económico recibido lo que conjuga con su preocupación de impulsar la creación del conocimiento desde la docencia universitaria.

Dr. Mauricio Enrique Pacheco
Coordinador Área Penal
Facultad de Jurisprudencia - UCE



EL DERECHO PENAL DE ECUADOR: MAXIMIZAR EL PODER PUNITIVO O GARANTIZAR LA MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL PODER PUNITIVO

Álvaro Román

El presente artículo abordará un breve análisis sobre cómo construir el derecho penal en el Ecuador; con esa finalidad se utilizara diversas herramientas, ya que, el objeto de estudio responde a una construcción que se puede estudiar desde diversos aspectos, pero por la extensión del mismo se realizara desde lo político, filosófico-jurídico.

Una de las grandes discusiones que tiene el pensamiento del derecho penal ha sido el conflicto binario de seguridad y libertad. Pero en este espacio trataremos de ver desde la relación compleja de las dimensiones propuestas.

El Derecho Penal desde lo político

Desde el punto de vista político, debemos analizar desde las decisiones que se tomaron para construir el marco constitucional. Por eso sin temor a equivocarnos en el Ecuador se desarrolló un proceso hegemó-

¹ Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar.

nico² de una clase dominante (que va desde terratenientes, agroexportadores y en la última etapa de la república una clase burguesa) que había impuesto su pensamiento político, económico, cultural. Es así, que si realizamos una retrospectiva ninguna de las constituciones habían sido construidas con un verdadero poder constituyente y peor aún ratificado por el pueblo, hasta la constitución de 2008.

Las constituciones siempre fueron elaboradas por un grupo de abogados “ilustres”, pero desconectados de la realidad social, su elaboración respondían a ese grupo hegemónico, por ejemplo: la Constitución de 1978 el proyecto fue elaborado por Ramiro Borja y Borja,³ Oswaldo Hurtado Larrea, entre otros. Realizaban con conocimiento jurídico constitucional distorsionado y por lo mismo excluyente-discriminatorio, por ejemplo: la norma suprema no reconocía plenos derechos a los analfabetos, tenían el derecho de participación facultativo;⁴ los indígenas seguían invisibilizados; los menores de edad (adolescentes y niños) no eran considerados ciudadanos, en esta constitución era ciudadano quien cumplía los 18 años; no existían garantías que podían generar la protección de los derechos, excepto el habeas corpus.

Este mismo grupo hegemónico en la Constitución de 1998, la norma suprema fue elaborada por una Asamblea constitucional que luego se transformó en Constituyente pero, no fue aprobada por el poder constituyente en ningún referéndum. Impuso su modelo de constitución

2 Antonio Gramsci, *Antología*, Biblioteca del pensamiento socialista, 2005, citado en Marco Navas, *Constitución y procesos constituyentes. Algunos acercamientos para comprender una relación compleja*. 2. Para los fines de este trabajo hegemonía debemos entenderla bajo el criterio de Gramsci, que ha desarrollado, como la capacidad de un grupo de actores para imponer un determinado sentido compartido sobre una sociedad, no mediante la violencia, sino por una especie de operaciones culturales que permitan que otros sectores se adscriban a esas comprensiones sociales.

3 Ocupó varios cargos, como Fiscal General, Juez de la Corte Suprema, miembros de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, siempre del partido conservador y luego del PSC. Oswaldo Hurtado, alto dirigente de la Democracia Cristiana y presidente de la República presidente la Asamblea Constitucional de 1998, que elaboró dicha constitución, miembros de algunas comisiones para elaborar leyes y la constitución de 1978.

4 Agustín Grijalva Jiménez, *Elecciones y Representación Política*, (Quito, editorial Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 1998) 127-9.

económica, como economía social de mercado,⁵ concentrándolo en el desarrollo de la privatización de los servicios públicos,⁶ en esa lógica apoyaba el mercado libre sin monopolios.⁷ En esta existe un reconocimiento a la multiculturalidad continuando el sometimiento y colonialidad del sistema jurídico occidental sobre el indígena.

En relación con el derecho penal, seguía en vigencia el Código Penal, que fue aprobado en 1872, siendo una copia del Código belga, con tintes de las escuelas clásica italiana y de la positivista italiana, así como del código francés de 1810.⁸ Ese código iniciaba con la protección del Estado, en una forma de fortalecer el estado nación-liberal, en los primeros artículos de ese cuerpo normativo estaban los tipos penales de seguridad interna y externa del estado, después los delitos contra la administración pública, los delitos de fe pública, ya en los artículos como el 449 el delito de homicidio, la honra en el 489, la propiedad en el Art. 547.

El cuerpo normativo refleja la sociedad ecuatoriana como discriminatoria, el poder hegemónico mantenía cuestiones de índole cultural-religiosas penalizadas como (de índole moral) la homosexualidad (se declaró inconstitucional el Art. 516 inciso primero del CP en 1996) y el adulterio (derogado 1983 cuando se aprobó el Código de Procedimiento Penal); también se criminalizaba las cuestiones de índole personal como la vagancia, la mendicidad y la reincidencia, es decir la peligrosidad del ser humano y la defensa social (hoy llamada seguridad ciudadana) como objetivo.

No existían los delitos de orden económico, sino entrada la década de los noventa. Siempre los delincuentes seguían siendo los pobres. Los delincuentes de poder económico, con sus legisladores dejaban en el campo administrativo, no tenían juicios penales y los que afrontaban

5 Constitución del Ecuador de 1998 artículo 244.

6 Constitución del Ecuador de 1998 artículo 249.

7 *Ibidem.* Artículo 244.1.

8 Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, (Quito, editorial Corporación Myl, 2005) 66-7.

tenían éxito, a pesar de la crisis bancaria de 1999, los delincuentes de “cuello blanco”, de los 18 bancos quebrados pocos directivos de ellos fueron sentenciados.⁹ Una de las causas para que se generen estos problemas penales fue la desregulación de la Superintendencia de Bancos y los famosos prestamos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador.

Las decisiones de política pública penal, para cambiar dicho código penal no tuvieron nunca importancia o nunca hubo, peor aún avanzar en el desarrollo del estudio de éste en una forma científica, a pesar que en el año 1992 el Presidente de la Corte Suprema Doctor Walter Guerrero Vivanco, nombro una pequeña comisión¹⁰ para reformar el código penal y reemplazarlo con otro, pero la filosofía del mismo de la mínima intervención quedo archivado, pero se sigue sin discutir o debatir las leyes.

El derecho penal era funcional para los fines hegemónicos de las clases burguesas de la época, con un poder judicial sometido a las poderes hegemónicos, invisibles o facticos de los partidos políticos de la época Partido Social Cristiano (líder León Febres Cordero) y Democracia Popular (Osvaldo Hurtado), no hay que olvidar que la Corte Suprema de Justicia (1997) tenia, solamente tres Jueces que representaban a los movimientos sociales,¹¹ los 28 restantes eran 16 del PSC, 1 de la ID, 11 de la DP o de la iglesia Católica, uno de ellos hermano del Oswaldo Hurtado (Estuardo Hurtado) que fue a través de la Universidades Católicas que postulo a esos jueces.¹²

9 Solo se sentenciaron a Fernando Aspiazu (Banco del Progreso), Alejandro Peñafiel (Banco de Prestamos), Cevallos Banda (Agrícola Ganadero de Manabí), Ricardo Landes (Banco Popular); pero la gran mayoría han huido a otros países, como los hermanos Isaías Dassum (Filanbanco), Alvaro Guerrero Ferrer (La Previsora), hermanos Ortega Trujillo (Banco Continental). etc.

10 La Comisión estaba integrada por los señores Doctores Ernesto Albán Gómez, Arturo Donoso, Milton Román Abarca, Efraín Torres Chávez y Alfonso Zambrano Pasquel, asesorada por el ILANUD por los profesores Manuel de Rivacoba y Rivacoba y Eugenio Raul Zafaronni.

11 Teodoro Coello, (Sala Laboral) Galo Galarza y Bolívar Vergara (Sala Civil).

12 La comisión de selección fue integrada por los doctores Alberto Wray profesor de la PUCE (¿sería imparcial en la toma de sus decisiones?) y allegado a la DP; Alexandra

Recién en el año 2006, se produce un quiebre o ruptura en la hegemonía de estas clases burguesas que dominaban tradicionalmente en el Ecuador, que había introducido su hegemonía¹³ política, económica, cultural y jurídica. En este año gana las elecciones un nuevo grupo que conforme a su conformación estaba aglutinando por personas de tendencias de izquierda.¹⁴ Estos desarrollaron un nuevo proyecto político implementando otro modelo hegemónico, dentro de este modelo el derecho penal se construye con base en el garantismo, y fue reflejado en la Constitución que se elaboró en Montecristi, se entiende que esta debe irradiar al ordenamiento jurídico en especial al penal, pero en la siguiente parte analizaremos si existe o no coherencia.

El Derecho Penal desde lo filosófico-jurídico

Desde el punto de *vista filosófico-jurídico*, se agrega al pensamiento liberal, que parcialmente era garantista, un nuevo modelo hegemónico que es la Teoría Garantista, esta se caracteriza por ser “la ley de más débil”, ¿qué significado tiene? que siempre debe proteger al débil frente al más fuerte, en esa lógica el derecho penal, como expresión de la violencia legitimada o el poder punitivo estatal, debe ser de *ultima ratio*, es decir, la construcción desde la política debe tener una construcción que sea el último recurso en utilizarse y además intervención sea de mínima intervención penal.

Vela, diputada por la DP y secretaria particular en el gobierno de Roldos y luego de Hurtado; Alvaro Pérez Intriago liberal luego PSC; Marco Landázuri, liberal luego ID; León Roldos Aguilera del PSE; Ángel Felicísimo Rojas independiente.

- ¹³ Debemos recordar que hasta ese instante los partidos Conservador, Liberal en los primeros años del siglo XX hasta la década del ochenta dominaban en el ámbito político, posterior sus partidos reconstruidos como el PSC, DP e ID, debemos recordar que los primeros se formaron de la disidencia de los conservadores y el tercero de los liberales.
- ¹⁴ Alberto Acosta, MPD, PSE-FADI, PCE, movimiento indígena CONAEI, FENOCIN, entre otros. Pero también existen personas de tendencias de derecha y colaboradores de los movimientos y partidos políticos hegemónicos como Natalie Celi (DP colaborado de Jamil Mahuad), Alexis Mera (colaborado del Ing. Febres Cordero), Gustavo Baroja, Ramiro González (ambos ID).

¿Qué es la mínima intervención penal desde el garantismo? El Estado tiene el monopolio del poder punitivo¹⁵ o la potestad para determinar las conductas penalmente relevantes e imponer sanciones privativas de derechos.

En esta construcción hegemónica liberal y del garantismo, se sigue utilizando esta misma conceptualización, pero agregando un control externo, que incluye organismos internacionales que son creados y por lo mismo coadyuvan en el fortalecimiento hegemónico, de la protección de los derechos humanos, uno de ellos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), sus instrumentos han reconocido el poder punitivo del estado, pero al mismo tiempo lo limita cuando señala objetivamente, que esta intervención debe observar un respeto estricto de los principios y las normas del Estado de Derecho y de los derechos humanos.¹⁶

15 Cfr. Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, (Segunda Reimpresión, Madrid, Editorial Universitas S.A., 2002) 46-7. Cfr. Eugenio Raúl Zafaronni, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, (5ta. Edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2005) 44. ¿Cómo debemos entender el derecho penal subjetivo o poder punitivo? Para Diego Manuel Luzón Peña menciona que el momento que se estudia como derecho penal subjetivo trae confusión, ya que dice el maestro español explica que el derecho subjetivo determina una facultad que alguien tiene por algo, en este caso es la facultad que tiene la sociedad, el Estado o la comunidad para imponer una pena por una conducta que afecta la norma, pero menciona que el Estado no tiene un derecho o una facultad sino que tiene una competencia o potestad, que no es lo mismo. En el mismo sentido Eugenio Raúl Zafaronni no es la facultad del Estado, sino la potestad o un control social formal que tiene para regular conductas que puedan afectar bienes jurídicos e imponer una sanción, es por ello que en esa competencia de jerarquía (control social) determina en forma democrática que bienes jurídicos se deben proteger de la conductas que los pueden afectar y en el caso de contrariedad de la norma imponer una sanción previo el proceso justo implementado para ello.

16 Tal como lo ha señalado este Tribunal, está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer sin violentar. Caso Castillo Petrucci y otros vs Perú. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 30 de mayo de 1999. Serie C. Nro. 52, párr. 204.

No debemos olvidarnos que la construcción de este organismo internacional y de la Convención Americana de Derechos Humanos, tienen una filosofía hegemónica liberal, que en la época de su elaboración se construyó haciendo hincapié en los derechos liberales y el debido proceso, muy insuficiente en los derechos sociales. Su construcción ha ido evolucionando dentro del nuevo contexto jurídico-constitucional que se han generado en la actualidad en los países de sur américa.

Con la llegada del nuevo constitucionalismo latinoamericano desde 1988 hasta el 2009,¹⁷ se construye una constitución normativa de construcción democrática,¹⁸ se mantuvo los derechos liberales y derechos sociales, pero se construyeron garantías normativa, de políticas públicas, y jurisdiccionales para buscar su eficacia y eficiencia. Dejando de ser constituciones declarativas y políticas como eran las liberales de esta parte del mundo. Así mismo, los tratados de derechos humanos pasaron a tener rango constitucional y por lo mismo en el sentido de una constitución normativa es de aplicación directa e inmediata estos tienen los mismos efectos que la Constitución.

La importancia de este nuevo constitucionalismo como hemos descrito ha sido recoger la construcción de la supremacía y el control constitucional, lo que le convierte en una norma jurídica (deóntica) con lenguaje de carácter prescriptivo y ya no solo declarativo o festivo; la organización del poder es diferente; también se construye la constitución económica con la intervención del estado en la sociedad y sus relaciones económicas.

En la filosofía liberal y garantista como consecuencia lógica, la competencia de restringir¹⁹ y suspender derechos²⁰ la tiene el estado y debe

¹⁷ Constituciones de Brasil de 1988, Colombia 1992, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009.

¹⁸ Se entiende este término democrático, que las constituciones se generaron por un poder constituyente, se elaboraron en una Asamblea constituyente y fueron aprobadas en referéndum por el pueblo o poder constituyente. En ese sentido los procesos de Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009.

¹⁹ Jesús María Casal Hernández, *Los derecho fundamentales y sus restricciones*, (Caracas, editorial Legis, 2010) 27. Menciona que hay dos formas que los estados toman po-

utilizar al derecho penal en forma mínima, esto implica dos conceptos que debe ser subsidiaria y fragmentaria.

¿Cuándo el derecho penal es subsidiario? La Corte IDH razona que el derecho penal es la última ratio, cuando las demás ramas del derecho han fracasado en la solución del conflicto social, recién en ese momento se hace necesaria la actuación del derecho penal con la tipificación de conductas que alteren el orden social y el orden jurídico.²¹

Y ¿Cuándo es fragmentario el derecho penal? Se entiende que es fragmentario²² solo cuando se requiere para proteger los derechos que son reconocidos como bienes jurídicos penalmente relevantes y dignos de protección. Aquí el Derecho hace una valoración positiva²³ de los mismos y los incluye en la política pública criminal. Cabe mencionar, que los bienes jurídicos por si solos no se pueden proteger, requieren de normas de conductas o primarias, que son mensajes prescriptivos que están dirigidos a los destinatarios de las mismas, estos deben seguirlas y no afectar con sus conductas los bienes jurídicos, en este instante el derecho penal hace una valoración negativa en la elección de las conductas prohibidas. Estas conductas a su vez están descritas en los enun-

sición por la delimitación y la restricción de derechos, la primera es cuando el constituyente fija en la propia constitución y la otra es cuando interpretar en forma amplia el supuesto de hecho y luego lo verifican desde el ángulo de las restricciones si proceda la posición subjetiva aducida y desarrolla lo determinado en la constitución y lo fija en la ley. La Constitución de Ecuador, en el Art. 77.1 y 2 determina la libertad personal como un derecho y será restringida en forma excepcional, en la misma norma utiliza las formas como han de ser delimitada y existe la reserva de ley para las restricciones.

²⁰ Constitución del Ecuador, Arts. 164, 165.

²¹ Cfr. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General* (7ma. Edición, Montevideo, editorial IB & F, 2004) 126-7. Artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal.

²² Cfr. Santiago Mir Puig, *ibidem* 127-30.

²³ La Corte ha señalado: que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de *última ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. Caso Kimel vs Argentina, sentencia Fondo reparación y costas de 2 de mayo de 2008, párr. 76, 77.

ciados, proposiciones o textos legales²⁴ que están sancionados con una pena.

Es así que el garantismo y los lineamientos de las sentencias de la Corte, determina por un derecho penal de acto o de hecho²⁵ que protege bienes jurídicos y no solo el ordenamiento jurídico. En ese sentido los Estados partes deben guiar sus producción legislativa por conductas humanas realmente graves para los derechos que hagan necesaria la intervención estatal penal.

La mínima intervención también tiene íntima relación con el principio de proporcionalidad,²⁶ entendiendo que debe evitar que se produzca excesos y abuso del poder punitivo entre la medida creada y el fin que se quiere con ella, en ese sentido la Corte IDH, en sentencias ha realizado este juicio con el propósito de argumentar a favor de este estándar.

Con los lineamientos desarrollados no solo por la doctrina sino reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, el Ecuador debe reconducir su construcción política y teórica del derecho penal con estos estándares.

¿Existe el cambio del Derecho Penal en el Ecuador?

Aquí surge un nuevo cuestionamiento, ¿realmente hubo un cambio hegemónico en el derecho penal y en el cuerpo normativo penal hacia el garantismo?²⁷ ¿Se cambió la maximización del derecho penal por la mínima intervención?

²⁴ Cfr. *Ibidem* 71-3.

²⁵ Constitución del Ecuador art. 76.3. Código Orgánico Integral Penal artículo 22.

²⁶ Cfr. Caso *Kimel vs Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas 2 de mayo de 2008 párr. 68-93. Determina cuales son los criterios que deben ser utilizados para un juicio de proporcionalidad entre otros son: 1. Idoneidad y finalidad de la restricción; 2. Necesidad de la medida utilizada y 3. Estricta proporcionalidad de la medida.

²⁷ Código Orgánico Integral Penal, está en vigencia desde el 10 de agosto de 2014.

Como habíamos sostenido el Ecuador se adhirió y se ha explicado en líneas anteriores al modelo de nuevo constitucionalismo y a una teoría filosófica jurídica que es el garantismo, podemos decir que al fijar en la norma constitucional que se convierte en fuente de normas y por lo mismo de coherencia en el sistema jurídico ecuatoriano, las normas infra constitucionales deben contener estas construcciones en su contenido mínimo para evitar distorsiones, se reflejan tanto en la ley formal como material.

Con esta aclaración, podemos contestar la pregunta propuesta y realizar un breve recorrido por las nuevas normas penales aprobadas²⁸ por la Asamblea Nacional, con dicha finalidad.

Con la presencia de la hegemonía política de rasgo conservadora o de derecha que había implementado su modelo en favor de la seguridad más que a la libertad, entre estos PSC, ID, lograron frenar esta nuevo modelo hegemónico de corte garantista manteniendo instituciones jurídicas que lo que provocan es maximizar la presencia del derecho penal en ámbitos que afectan el discurso de los derechos humanos.

En lo sustantivo penal, tenemos la acumulación de la penas hasta con un máximo de cuarenta años (Art. 55), la reincidencia con el máximo de la pena aumentado en un tercio de la misma (Art. 57), la prescripción de la pena con el máximo de la misma prevista para cada delito (Art. 75), el concurso de delitos (Art. 20 y 21), se crean delitos en especial como la tentativa para el Presidente la Republica (Art. 341), los delitos como el sicariato (Art. 143). Existen 19 agravantes (Art. 47) frente a solo 6 atenuantes. Se crea la responsabilidad penal de la persona jurídica (Art. 49), estimo que esta última no tiene una construcción coherente con lo que menciona nuestra Constitución en el Art. 76.3 cuando dice acción u omisión y ello solo son capaces las personas individuales o físicas.

²⁸ Código Orgánico Integral Penal, fue aprobado el 28 de enero de 2014, publicado en el R.O. -S 180, de 10 de febrero de 2014, tuvo una vigencia suspendida de 6 meses y entregó vigencia el 10 de agosto de 2014.

En relación con la reincidencia debemos recordar que es una institución jurídica que castiga la peligrosidad del individuo frente a la sociedad, esto está prohibido en el Art. 11.3 y 76.3 de la Constitución y el Art. 22 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP). Se sigue con un derecho penal de autor y no de acto como exige las normas constitucionales (11.3, 76.3 y 66.5) y los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En cuanto al aumento de las penas, si somos coherentes con la filosofía garantista que es crítica el planteamiento es más libertad y menos violencia, lo cual se contradice con esta institución, ya que el ingresar a una persona privándole la libertad personal hace que se vea afectado con su integración social.

Así mismo existen penas indeterminadas, existiendo prohibición expresa en el propio COIP, cuando se determina “*Quedan proscritas las penas indefinidas*”,²⁹ pero se contradice cuando se tipifica el delito de peculado que “*Las personas sentenciadas (...) quedarán incapacitadas (...) de por vida para el desempeño de todo cargo*”.³⁰

En lo procesal, la calificación jurídica por parte de la Fiscalía despojando el poder al juez “el mismo conoce el derecho” (Arts. 594,596); el procedimiento directo (Art. 640) que tiene una duración de 10 días para los delitos flagrantes; se redujeron a tres de causales en el recurso de revisión (Art. 658) (en el Código anterior existían 6 causales), la supresión del recurso de nulidad (como forma de impugnación hoy se puede alegar en cualquier recurso) (Art. 652.11), se introdujo el agente provocador encubierto (Art. 483). La prescripción de la acción es por el tiempo máximo de la prevista para el delito (Art. 417 literal a.).

Es decir que no existe la coherencia entre la norma constitucional que fija las delimitaciones de los derechos en la propia norma constitucional, y en las normas legales estas restricciones han cedido por la seguridad violentando las libertades.

²⁹ Código Orgánico Integral Penal Art. 53.

³⁰ Código Orgánico Integral Penal Art. 278 inciso 7mo.

Esto quiere decir, que la construcción filosófica de la mínima intervención ha cedido frente a la máxima intervención, con lo que se ha provocado un comportamiento esquizofrénico en la toma de las decisiones de los legisladores, de los jueces y de los fiscales.

Y podríamos afirmar que no existe un cambio hegemónico sino que sigue el mismo grupo imponiendo estas normas penales que colaboran con su ideología y mientras el actual grupo hegemónico se ha traicionado así mismo rompiendo en este ámbito la filosofía y el marco jurídico de la mínima intervención penal.

Bibliografía

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Quito, editorial Corporación Myl, 2005.

GRASMCIS, Antonio, *Antología*, Biblioteca del pensamiento socialista, 2005, citado en Marco Navas, *Constitución y procesos constituyentes. Algunos acercamientos para comprender una relación compleja*.

GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, *Elecciones y Representación Política*, Quito, editorial Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 1998.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Segunda Reimpresión, Madrid, Editorial Universitas S.A., 2002.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 7ma. Edición, Montevideo, editorial IB &F, 2004, 126-7.

ZAFARONNI, Eugenio Raul, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, 5ta. Edición, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2005.

–Normativa Internacional

Convención Americana de Derechos Humanos.

–Normativa Nacional

Constitución del Ecuador, 1998.

Constitución de Ecuador, 2008.

Código Penal de Ecuador, 1927.

Código Orgánico Integral Penal, 2014.

–Sentencias Internacionales

Caso Kimel vs Argentina, sentencia Fondo reparación y costas de 2 de mayo de 2008, párr. 76, 77.

Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 30 de mayo de 1999. Serie C. Nro. 52, párr. 204.

ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA INFRACTORA EN EL ECUADOR

José Luis Terán

Resumen

El presente trabajo de investigación analiza críticamente los aspectos centrales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Concretamente se centra en la culpabilidad de la persona jurídica infractora, con énfasis en la legislación ecuatoriana y concretamente a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que introduce por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho ecuatoriano. Ello plantea un debate jurídico en torno a la culpabilidad de la persona jurídica infractora en el Ecuador. Luego de la descripción de las principales teorías sobre la necesidad de penalización a las personas jurídicas –razones de política criminal– se abordan principalmente las cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la responsabilidad de la persona jurídica en el contexto mundial y nacional, los modelos o sistemas de responsabilidad penal a las personas jurídicas y en especial el modelo de “responsabilidad por defecto de organización” elegido por el legislador ecuatoriano, y por último, se analiza la culpabilidad de la persona jurídica a partir de este último modelo.

¹ Catedrático de Derecho Pen de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador

Introducción

No cabe duda que un tema de actualidad objeto de controversia en el seno de la doctrina mundial, es el que se refiere al reconocimiento de la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas; así, encontramos opiniones que se manifiestan radicalmente en contra de dicho reconocimiento y otras que, sin embargo, entienden que su implantación no sólo sería conveniente, sino que resulta absolutamente imprescindible y prácticamente inevitable en una sociedad proindustrial como la actual.

El Derecho penal se ha caracterizado por ser un instrumento jurídico de control social eminentemente orientado a la persona física, lo que explica que nos encontremos con significativas dificultades a la hora de aplicar las categorías dogmáticas del delito a sujetos de otra naturaleza como las personas jurídicas. Se afirma en tal sentido, que incluso cuando se entendiese que la persona jurídica actúa mediante las conductas voluntariamente efectuadas por sus representantes, tampoco podríamos considerarla como penalmente responsable de las mismas, puesto que dicha imputación conllevaría una manifiesta infracción del principio de personalidad de las penas que debe regir todo sistema penal democrático.

La incapacidad de acción, de culpabilidad y de punibilidad, se presenta, por tanto, como obstáculos a la hora de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas. Sin embargo, esta postura no fue unánimemente sostenida por la doctrina, ya que algunos autores consideraron que no existe ningún obstáculo insalvable a la hora de afirmar dicha responsabilidad. En nuestro caso, a partir de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el sistema jurídico ecuatoriano entierra el *societas delinquere non potest*. De esa manera nos incorporamos a los países que aceptan la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas.

A pesar de que una gran parte de la doctrina persiste en afirmar que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción y por ende de ca-

pacidad de culpabilidad, por lo que no cabe imponerles una pena, el objetivo de este trabajo de investigación es analizar la decisión adoptada por el legislador ecuatoriano de incorporarse al grupo de países que siguen el modelo de la autorresponsabilidad.

El presente artículo no pretende analizar exhaustivamente todos los problemas presentes en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino plantear algunas cuestiones centrales de la culpabilidad de la persona jurídica infractora y apuntar vías de solución de situaciones conflictivas. La ausencia de precedentes jurisprudenciales, hace del tema propuesto para este estudio un ámbito ideal a ser investigado.

Necesidad de penalización de las personas jurídicas.- Razones de política-criminal

Pese a que la posible incriminación de las personas jurídicas se enfrentaba y se enfrenta a enormes dificultades técnicas, cada vez más son los autores que atendiendo, sobre todo, a razones de política-criminal, abogan por la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad penal directamente referido a las personas jurídicas, pues dichas entidades se convierten en una de las principales fuentes de peligro para los bienes jurídicos que se pretenden proteger por el denominado Derecho penal del riesgo. Piénsese por ejemplo, en el daño que estos entes corporativos pueden ocasionar al Medio Ambiente.

En definitiva nos encontramos con que el Derecho penal tradicional, se convertiría en un sistema de imputación ineficaz frente a las conductas realizadas desde el seno de estas nuevas entidades corporativas, hecho que llevó a Schünemann (1995) a afirmar que estos sistemas descentralizados de actuación colectiva pasarían a funcionar como verdaderos sistemas de irresponsabilidad penal organizada.² De ahí que, la

² Schünemann, B. (1995). *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, en Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid: Editorial BOE, p.

pacidad de culpabilidad, por lo que no cabe imponerles una pena, el objetivo de este trabajo de investigación es analizar la decisión adoptada por el legislador ecuatoriano de incorporarse al grupo de países que siguen el modelo de la autorresponsabilidad.

El presente artículo no pretende analizar exhaustivamente todos los problemas presentes en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino plantear algunas cuestiones centrales de la culpabilidad de la persona jurídica infractora y apuntar vías de solución de situaciones conflictivas. La ausencia de precedentes jurisprudenciales, hace del tema propuesto para este estudio un ámbito ideal a ser investigado.

Necesidad de penalización de las personas jurídicas.- Razones de política-criminal

Pese a que la posible incriminación de las personas jurídicas se enfrentaba y se enfrenta a enormes dificultades técnicas, cada vez más son los autores que atendiendo, sobre todo, a razones de política-criminal, abogan por la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad penal directamente referido a las personas jurídicas, pues dichas entidades se convierten en una de las principales fuentes de peligro para los bienes jurídicos que se pretenden proteger por el denominado Derecho penal del riesgo. Piénsese por ejemplo, en el daño que estos entes corporativos pueden ocasionar al Medio Ambiente.

En definitiva nos encontramos con que el Derecho penal tradicional, se convertiría en un sistema de imputación ineficaz frente a las conductas realizadas desde el seno de estas nuevas entidades corporativas, hecho que llevó a Schünemann (1995) a afirmar que estos sistemas descentralizados de actuación colectiva pasarían a funcionar como verdaderos sistemas de irresponsabilidad penal organizada.² De ahí que, la

² Schünemann, B. (1995). *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, en Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid: Editorial BOE, p.

carencia del Derecho penal, en este ámbito, parece justificar por sí sola la necesidad de establecer, cuando menos, un sistema de responsabilidad penal de la propia empresa que sirva para prevenir y responder a aquellos casos en los que resultase imposible concretar la persona o el grupo de personas físicas que podrían ser consideradas como penalmente responsables de las actuaciones lesivas globalmente realizadas por dichas entidades.

En ese orden de ideas, “el debate político-criminal contemporáneo sobre la consideración de las personas jurídicas como sujeto activo del delito se construye sobre el consenso de que los colectivos societarios deben ser objeto de atención específica por parte del derecho penal” (Díez Ripollés, J.L., 2012, p. 2). Así, una primera línea de argumentación justifica esa responsabilidad societaria en las dificultades prácticas para exigir responsabilidad penal a las personas físicas insertas en una persona jurídica. Otra línea de argumentación, sostiene que esa responsabilidad societaria permitirá aliviar las tensiones al sistema de responsabilidad individual, sea porque no habrá que forzar en exceso categorías dogmáticas, sea porque posibilitará una reducción del rigor punitivo con las personas físicas.

En tal virtud, el fin político-criminal perseguido consiste en evitar la posición privilegiada de las personas jurídicas respecto a las personas físicas. A partir de este planteamiento, Gómez-Jara (2010, pp. 113-115) establece como una primera ventaja político-criminal aquella que se caracteriza por la estimulación de la *autorresponsabilidad empresarial*, que facilita el control (descentralizado) del riesgo y la guía económica. Como segunda ventaja político-criminal señala que esta radica en que al estar vinculada la imputabilidad jurídico-penal con la capacidad de culpabilidad, la pena sigue manteniendo toda su significación jurídico-penal. La tercera ventaja político-criminal consiste en la con-

573; Gracia Martín, I. (1997). *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas* en VVAA. *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Madrid: Editorial Comares, Universidad de La Laguna, p. 119.; y en Feijóo Sánchez, B, J. En: *Empresa y delitos contra el medio ambiente* (I). En I a L.FY No. 5550, 2002 (Versión electrónica. www.laley.net (últ. vis. 18-04-2016)).

secuencia lógica que se deriva de la imputabilidad: la existencia de penas –a imponer con base en la culpabilidad jurídico-penal empresarial– y de medidas de seguridad –regidas por el principio de peligrosidad–. Por lo tanto, surge la necesidad de que el modelo que rijan el Derecho penal empresarial sea, al igual que el Derecho penal individual, un modelo de autorresponsabilidad, de responsabilidad por la culpabilidad propia, y no de atribución de culpabilidad ajena.

Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Quienes defendían el tradicional principio penal recogido en el aforismo *societas delinquere non potest* sostenían que el reconocimiento de la responsabilidad penal de entes colectivos chocaba frontalmente con la ausencia en ellos de algunas de las capacidades que dotarían de contenido a las categorías básicas configuradoras de la teoría general del delito. Así, se afirmaba que al no ser las personas jurídicas entes autoconscientes dotados de capacidad de formar una verdadera y autónoma voluntad, no podían realizar conductas propias que pudiesen dar lugar a la apreciación de las acciones u omisiones que se requieren para la imputación de responsabilidad penal conforme a la citada teoría.³

Frente a esta postura, el derecho penal no podía permanecer indiferente, y es así que surge el principio penal recogido en el aforismo *societas delinquere potest*. Ahora bien, nadie discute el hecho de que la teoría general del delito actual no se ajusta a los parámetros que caracterizan a las personas jurídicas, hecho que ha llevado a que la mayor parte de quienes propugnan la necesidad de atribuirles una verdadera responsabilidad penal propongan que se cree un nuevo sistema de imputación, distinto del aplicable a las personas físicas.

³ Así por ejemplo, García Martín, I. (1997). *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, en Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Madrid: Editorial Comares. Universidad de La Laguna, pp. 107 y ss.

Al margen del criterio dominante de sancionar penalmente a las personas jurídicas, permanecen alejados de esta corriente sobre todo Alemania por razones de concepto. Ni siquiera en los Estados Unidos el criterio favorable a sancionar penalmente a las personas jurídicas es unánime, aunque sí, muy mayoritario. Quienes se oponen a esta nueva corriente político-criminal, básicamente proponen recurrir al Derecho privado, frente a la actual utilización del Derecho penal; esto porque siguen entendiendo que las personas jurídicas son una ficción que no puede delinquir, al carecer de acción o de culpabilidad.

Bacigalupo (2011) sostiene que la cuestión se encuentra vinculada con decisiones básicas del pensamiento penal. Es decir, la posibilidad teórica de una responsabilidad penal de las personas jurídicas es una consecuencia deductiva del punto de partida del sistema teórico penal y, por tanto, en primera línea de las teorías de la pena (p. 15). Entonces, para los penalistas convencidos de la necesidad político-criminal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en una teoría como esta, solo queda la posibilidad de demostrar la semejanza esencial de las personas naturales y de las jurídicas o bien, introducir en el sistema legal sanciones análogas a las penas, pero sin naturaleza criminal.

Por lo tanto, son tres los paradigmas argumentales que se proponen para resolver este problema: *la teoría de la ficción, la teoría organicista y la teoría de la disolución de la persona individual en la personalidad jurídica*. La primera no es más que una compensación de la debilidad de la teoría de la norma como imperativo, en donde la fuerza argumental de esta estrategia para justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es muy reducida. La segunda procura dar un contenido real a la personalidad de los entes colectivos, es decir se quiere demostrar que no se trata de una ficción de la realidad, sino de una realidad. La teoría orgánica forma parte de los intentos teóricos de trasladar los elementos de la acción humana y, sobre todo, de la capacidad de obrar en dirección a un fin, a grupos, organizaciones y corporaciones. Finalmente, la tercera experimenta una “deshumanización”, esto es su punto de referencia no sería la persona sino el orden jurídico el que predomina.

La responsabilidad penal de la persona jurídica en el mundo

Los defensores de que se responsabilice penalmente a las personas jurídicas coinciden en que los puntos desencadenantes de la huida de la política criminal hacia el derecho penal son, entre otros, las actividades descontroladas del crimen nacional e internacional organizado; la globalización del mercado financiero supranacional por intermedio de las empresas o personas jurídicas; la realización de operaciones financieras y empresariales que debiendo cumplir normas no lo hacen produciendo distorsiones serias a la práctica comercial y al tráfico mercantil de diversos países y empresas (Pacheco, 2015, p. 182).

En este contexto, a nivel legislativo, después de los Códigos holandeses (1976) y noruego (1992), el Código penal francés de 1994 ha previsto una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además han seguido esta línea países como Gran Bretaña, Suiza, Islandia, España, Dinamarca, Francia, Holanda, Portugal, Finlandia, Estados Unidos, Australia, Noruega y Japón. Al contrario, países como Italia y Alemania defienden intensamente el principio *“societas delinquere non potest”*. Otro grupo de países como los Estados de Europa oriental, abordan en la actualidad procesos de reforma a sus legislaciones.

Respecto a la situación actual, las regulaciones previstas en los grandes sistemas o “familias” de Derecho Penal, se asemejan cada vez más. Por ejemplo, en el sistema anglosajón del Common Law la responsabilidad de las personas jurídicas es ampliamente reconocida desde el siglo XIX. Gómez-Jara (2012) afirma que en las últimas décadas del siglo XX y la primera del presente, la obligación de monitorización y control de riesgos se ha cristalizado en el movimiento del cumplimiento normativo o *compliance*. De esta forma, el postulado actual del *societas delinquere potest*, ha sido recogido principalmente por países como Francia (1994) y por España (2010). En América Latina, Brasil reconoce la responsabilidad empresarial en 1998. A esta corriente se han incluido Perú, Chile, Costa Rica, Argentina y Ecuador.

La responsabilidad de la persona jurídica en el Ecuador

El legislador ecuatoriano ha optado por un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas caracterizado por un *numerus clausus*: no todo delito susceptible de ser cometido por las personas físicas puede ser de forma simultánea imputado a entes colectivos, sino exclusivamente un grupo concreto de ellos. En la exposición de motivos el legislador fundamenta y justifica la necesidad de adoptar el sistema especial de responsabilidad a las empresas o personas jurídicas con la finalidad de sancionar y prevenir acciones dañosas propias de los entes morales, para proteger bienes jurídicos tan delicados como por ejemplo el medio ambiente (Pacheco, 2015, p. 201). Es decir, el asambleísta ecuatoriano deja de lado la discusión doctrinaria e invita a un pragmatismo jurídico que permita criminalizar y evitar la impunidad de los verdaderos quebrantadores del ordenamiento jurídico.

Del contenido del artículo 52 del COIP se infiere que el legislador ha adoptado un sistema de responsabilidad por cuenta propia o por un órgano de la misma empresa que se expresa o materializa por el accionar de los representantes o funcionarios de primer orden. (Pacheco, 2015, p. 202). Esto no quiere decir que la responsabilidad penal de las personas naturales se extingue, pues, éstas pueden estar inmersas en el delito cometido por la persona jurídica.⁴ De esta forma cualquiera de las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad penal que se encuentre en el juicio de la actuación de la persona individual no influye en el resultado que se obtenga del reproche que le haga a la persona jurídica.

Es menester señalar que el artículo 49 del COIP se refiere exclusivamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado, lo que da a entender que están excluidas de esta responsabilidad penal todas las personas jurídicas de derecho público, así como los organismos e instituciones del Estado.

4 Código Orgánico Integral Penal COIP). Artículo 52.

Modelos o sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas

La ausencia de homogeneidad en las reacciones legislativas de los distintos países permite derivar la existencia de diversos modelos o sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, sin que, hasta la fecha, pueda afirmarse que un modelo se haya impuesto o sea claramente preferible a otro. Sin embargo, creemos que todos ellos podrían ser agrupados en dos grandes grupos. Por una parte estarían los sistemas de heterorresponsabilidad, mientras que, por otra, estarían los denominados sistemas de autorresponsabilidad.⁵

Los *sistemas de heterorresponsabilidad* parten de la comisión de un hecho delictivo realizado por una persona física, considerando que dicho hecho será imputable o atribuible a una persona jurídica cuando se den determinados requisitos de carácter formal o material. Estos sistemas se enfrentan a graves problemas a la hora de responder a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad, ya que, no sólo parecen establecer un sistema de responsabilidad objetiva para dichas entidades, sino que además resulta evidente que, al fin y al cabo, las harían responder por un hecho que habría cometido un tercero y no por uno propio, lo que contrariaría de forma flagrante la exigencia penal de responsabilidad personal.⁶

En la actualidad, se ha tratado de buscar un modelo o sistema que permitiese fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica en su propia actuación y no en la de una persona física que tuviese algún tipo de relación con la misma, dando lugar a la aparición de los denominados *sistemas de autorresponsabilidad*, los cuales tienen sustento en el hecho de que la persona jurídica podrá y tendrá que res-

5 Gómez-Jara Díez, C. (2006), en *Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial*, en RECPC 08-05. <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf> (últ. vis. 18-04-2016), pp. 5-21.

6 Véase a: Gómez-Jara Díez, C. (2010). *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*. En: *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Navarra: Editorial Aranzadi, p. 116; entre otros.

ponder cuando se constate que fue su defectuosa organización y/o funcionamiento, la que permitió o favoreció la comisión del delito cometido por una o varias de las personas físicas que actuaban en su seno.

A pesar de los esfuerzos realizados por los defensores de las teorías de la *autorresponsabilidad*, no se ha logrado solucionar los problemas a los que se enfrenta el reconocimiento de un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Así, este tipo de sistemas plantea graves problemas a la hora de concretar cuándo se producirán los defectos organizativos que pueden generar la responsabilidad penal de tales entes corporativos. Hasta el momento, sólo se ha encontrado una respuesta dotada de cierta seguridad jurídica, que consideran que tales defectos existirán cuando la persona jurídica en cuestión no tenga implantados programas de cumplimientos normativos (*Compliance program*).

Pese a todo, nuestro legislador ha decidido atender a los requerimientos internacionales referidos a la necesidad de ampliar el campo de la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas y ha optado por establecer un nuevo y más complejo sistema de imputación para dichos entes corporativos mediante la incorporación de tipos penales en el Código Orgánico Integral Penal, con lo que parece querer dejar al margen cualquier polémica doctrinal relativa a esta cuestión, optando por mantener la postura de que, en relación a esta materia, a la hora de regular adecuadamente una situación que se reconoce como problemática, no es la dogmática, sino la voluntad del legislador la que decide si dicha regulación resulta permitida.

Es así como la regulación legal ecuatoriana opta por un modelo híbrido que parte de una responsabilidad vicarial, que tiene su base en el delito de la persona física, pero al que se dota de ciertos rasgos de independencia, de modo que puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica sin que concurra la de la persona física, como se verá a continuación.

Culpabilidad de las personas jurídicas

Prima facie, parece darse por sentado que las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad jurídico-penal y, en este sentido, todas son imputables.. Desde nuestra perspectiva, cuando se trate de exigir responsabilidad a las personas jurídicas se deben reelaborar, o cuando menos reajustar, las tradicionales categorías dogmáticas del delito, diseñadas en alta medida pensando en las personas físicas, es decir se debe diseñar una teoría del delito propia de las personas jurídicas, no exactamente coincidente con la tradicional. Sin embargo, partimos de la necesidad de mantener un concepto de delito y de dolo idéntico para personas físicas y para personas jurídicas. Desde este punto de vista positivo, la admisión de la culpabilidad de las personas jurídicas infractoras no supone variación alguna de las definiciones contenidas en los artículos 22 y 26 del COIP.

Con relación a la culpabilidad de las personas jurídicas, hay al menos tres grandes opciones de partida.⁷ En primer lugar, estimar que no es preciso mantener la exigencia de culpabilidad cuando el infractor es una persona jurídica. En segundo lugar, acudir a una culpabilidad por representación, es decir, a la persona jurídica se le imputaría la culpabilidad de la persona física realmente actuante. En tercer lugar, cabe elaborar una forma de culpabilidad específica para las empresas o entes colectivos. (Tomillo, 2011).

Desde nuestro punto de vista, debe mantenerse la exigencia de culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas, pues, son múltiples los motivos que apoyan tal criterio:

En primer lugar, debe considerarse que rechazar la exigencia de culpabilidad en las personas jurídicas podría resultar incompatible con el principio de proporcionalidad. En segundo lugar, del juicio de culpa-

⁷ Véase a Gómez-Jara Díez, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid/Barcelona, pp. 139 y ss.; a Guardiola Lago, M. J. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, pp. 62 y ss.; a Nieto Martín, A. Responsabilidad penal de las personas jurídicas, pp. 127 y ss., 145 y ss.

bilidad se predica, entre otras funciones, la de considerar los factores individuales en el delito. En tercer lugar, la exigencia de culpabilidad en los delitos cometidos por personas jurídicas permite mantener la mayor homogeneidad dentro del sistema punitivo, estableciendo el más elevado nivel de garantías posible, considerando la alta capacidad del Derecho penal para incidir en los derechos de las personas, incluyendo aquí los de las personas jurídicas.

Aceptada, pues, la necesidad de mantener la exigencia de culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas, desde nuestra perspectiva, probablemente la construcción más adecuada en el estado actual de la ciencia jurídica es, la desarrollada por Tiedemann. Como se señaló *ut supra*, conforme a tal criterio debe hablarse de culpabilidad de las personas jurídicas por defecto de organización. Según este autor, es menester formularse nuevos conceptos de acción y culpabilidad en razón del *defecto de organización de la empresa o culpabilidad organizacional*, en razón de que organizarse correctamente es un deber del ente ficticio. Así, en palabras de Tiedemann *"Reconocer en el Derecho penal tal culpabilidad social de la empresa no hace sino, por un lado, exponer las consecuencia de la realidad social y, por otro lado, las obligaciones correspondientes a los derechos de la empresa..."* (Tiedemann, k. 2007, p. 107).

Esta postura presenta algunas virtudes, entre ellas podemos destacar dos. Por una parte, permite mantener la culpabilidad como un juicio individualizador de la responsabilidad. Por otra parte, se trata de un diseño que mantiene el carácter material del juicio de culpabilidad. Esto quiere decir que frente a una conducta delictiva llevada a cabo por un órgano, será imputado a la persona jurídica por su falta de organización para prevenir ese delito; sin embargo, esto no implica que se dejará de imputar a la persona física por su conducta ilícita.

Retomando el problema, si aceptamos el concepto de culpabilidad como defecto de organización, entendemos que se trata de un juicio que no está presente de forma automática en los casos en los que se

verifique la realización de los elementos objetivos del tipo. Muy al contrario, puede excluirse la responsabilidad sancionatoria cuando la persona jurídica acredite una correcta organización de cara a la evitación de delitos, o infracciones administrativas. Desde otra perspectiva, no se puede descuidar que uno de los objetivos fundamentales de la imposición de sanciones a las personas jurídicas radica en la necesidad de estimular modos de gestión de las sociedades que impidan la comisión de delitos. Lo más coherente, pues, será que se pueda acreditar esa correcta organización, como causa de exclusión de la culpabilidad. Desde esta perspectiva, el contenido de la culpabilidad debe estar referido al injusto. Si el injusto se caracteriza por una organización defectuosa y una ética empresarial insuficiente, esto debe proyectarse también en la culpabilidad, que consiste en no haber creado las condiciones necesarias para la realización del injusto, pudiendo hacerlo. El significado práctico de la culpabilidad de la empresa se manifiesta, entonces, en que posibilita la irresponsabilidad de la empresa cuando ha configurado correctamente su estructura organizativa y su ética empresarial.

Zugaldía (2008) deja en claro que la gravedad de la culpabilidad deberá ser graduable, sin que tenga relevancia el hecho de que no se hayan adoptado medidas de precaución o que, las debidamente adoptadas, hayan resultado insuficientes; dado que la culpabilidad de la persona jurídica se refiere al momento en el que dejaron precisamente de implementarse las medidas que evitan la perpetración de una conducta delictiva. Por lo señalado, será necesario comprobarse que la persona jurídica cuenta con protocolos de minimización de riesgos, código de ética y/o directrices de buena gestión empresarial. (pp.16 y 17).

Para Zavala Egas, J. (2014) “a) No hay autorresponsabilidad de la persona jurídica que pueda eliminar a la persona física como necesaria para la realización del injusto típico; y, b) No hay heterorresponsabilidad, responsabilidad objetiva o responsabilidad vicarial con un alcance que permita que el delito cometido por la persona física vinculada a la persona jurídica genere, en forma automática, la responsabilidad de

esta” (p. 86). Por eso, según Zavala, se debe fundamentar un modelo propio para la persona jurídica basado en el injusto típico “*defecto de organización*”, en el tipo subjetivo de la imprudencia y esta como contenido del juicio de reprochabilidad (culpabilidad) por su comportamiento desleal a las normas jurídicas derivado de su cultura corporativa. (p. 87).

En fin, con independencia de las opiniones favorables o negativas acerca de la decisión político-criminal de sancionar penalmente a las personas jurídicas, lo cierto es que el Ecuador ha asumido lo que es el criterio dominante en el Derecho comparado, es decir que las empresas o personas jurídicas se deben organizar para evitar su responsabilidad penal. De esta manera, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el COIP se extiende a la mayoría de los delitos, sin embargo sí existen delitos respecto de los cuales las personas jurídicas no pueden considerarse responsables, de ahí que coincidimos con la crítica de Araujo (2014, p. 267) que se debió tener muy en cuenta que cuando un ordenamiento jurídico penal parte del reconocimiento y tutela de bienes jurídicos colectivos o difusos, es ineluctable el uso de una técnica especial de elaboración de las normas.

Conclusiones

De lo expuesto en el presente artículo podemos concluir lo siguiente: La adopción de sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha generado amplísimos debates doctrinarios que hasta la actualidad no llegan a un consenso. Sin embargo, quienes han optado por esta corriente toman a la contaminación del medio ambiente, al terrorismo, al blanqueo de capitales, la criminalidad organizada, el tráfico de drogas, a los fraudes cometidos mediante el uso de medios informáticos, los fraudes bancarios y de empresas multinacionales, como fundamentos objetivos para el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la consecuente superación del principio clásico del *societas delinquere non potest*.

Dejando atrás la Teoría de la Ficción, es mediante la aplicación de la Teoría de la Realidad que se hace factible la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que nos lleva también a deducir que la imputación penal ha dejado de ser un ámbito exclusivo de la persona física, para también abarcar a la persona jurídica, como una medida que ayuda a obtener una mayor eficacia para combatir los delitos económicos.

El Código Orgánico Integral Penal adopta el sistema de responsabilidad por cuenta propia, diferente al esquema tradicional, sin embargo consideramos que no es solo el aspecto sustantivo el que debe enriquecerse para que tenga funcionalidad y legitimidad sino que debe extenderse en el mismo sentido a los aspectos procedimentales de naturaleza distinta al proceso de imputación individual. Así, el rompimiento del principio *societas delinquere non potes* debe estar perfectamente delimitado, justificado y ante todo, entendido por el órgano legislador al momento de crear e interpretar la norma y por los operadores de justicia al momento de aplicarla.

Es totalmente factible afirmar que en la realidad actual estamos expuestos a acciones empresariales que atentan contra bienes jurídicos y que, es posible también comprobar que la persona jurídica por sí misma, es la que aparece como fuente de peligro para el orden económico social dentro del curso de las relaciones económicas nacionales e internacionales, ya sea porque no ha tomado las medidas necesarias para asumir y desarrollar una correcta organización interna o ya, en su actuar cotidiano, inobserva la normativa que rige su objeto social.

Bibliografía

- ARAUJO Granda, P. (2014). *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- BACIGALUPO Saggese, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Editorial Bosch.
- BACIGALUPO Zapater, E. (2011). *Compliance y Derecho penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.
- BAJO Fernández, M. (1996) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español*, en Mir Puig, S. / Luzón Peña, D.M., (Ed.) *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Editorial Aranzadi S.A.
- DÍEZ Ripollés, J.L. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *Revista para el análisis del Derecho, InDret 1/2012*, 1-32.
- FEIJOO Sánchez, B. (2011). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Editorial Civitas.
- GÓMEZ-JARA Díez, C. (2010). *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (1 ed.)*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial BdeF.
- (2006). *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Editorial Aranzadi.
- GÓMEZ Martín, V. (2014). *Falsa alarma: societas delinquere non potest*, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Miguel Ontiveros Alonso (Coordinador). Valencia: Tirant lo Blanch.

- GRACIA Martín, I. (1997). *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*. En VVAA. *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Madrid: Editorial Comares. Universidad de La Laguna.
- GUARDIOLA Lago, M. (2004). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del Art. 129 del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIETO Martín, A. (2008) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid: Editorial iustel.
- PACHECO, M. (2015). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas; caso Ecuador*. En Román A. / Pacheco M. *Teoría del delito en Ecuador*. Quito: Editorial Jurídica El Forum.
- SCHÜNEMANN, B. (1995). *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea, en Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid: Editorial BOE.
- ZAVALA Egas, Jorge. (2014). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema constitucional ecuatoriano (Arts. 49 y 50 COIP)*. Guayaquil: Universidad Espíritu Santo.
- ZUGALDÍA Espinar, J.M. (2013). *Imputación penal de las personas jurídicas*. Valencia: Editorial LAEU.
- ZÚÑIGA Rodríguez, L. (2009). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas (3 ed.)*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.
- Enlaces de internet:
- FEIJÓO Sánchez, B.J. (2002). En: *Empresa y delitos contra el medio ambiente (I)*. En la LEY No. 5550/2012. www.laley.net.
- GÓMEZ-JARA Díez, C. (2006). Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. En RECP 08-05. <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>.

**LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
Y LA FIGURA DEL TESTAFERRO.
UNA VISIÓN DESDE LA DOGMÁTICA
AL DERECHO PENAL ECUATORIANO
FRENTE A LOS RETOS DE NUEVAS
FORMAS DE CRIMINALIDAD
Y SU REGULACIÓN EN EL
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

Janetsy Gutiérrez

Hace sesenta años el español de presa, ansioso de despojar a otro de su fortuna o de sus ahorros, se echaba al monte, con clásico calañé y tabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomos de la jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y suscripciones, y montado en la ignorancia de fiscales y magistrados escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil.

Luis Jiménez de Asúa

Resumen

El Derecho es una ciencia que no es inerte o detenida en el tiempo, por lo que su existencia coercitiva propia es producto de la dinámica im-

1 Catedrática de Derecho Informático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador

puesta por factores políticos, culturales, económicos y de desarrollo social que condicionan la eficacia y vigencia del ordenamiento jurídico al cual responden. Siendo así los cambios originados en los parámetros sociales traen consigo la modificación de las formas de conducta y criminalidad en el cometimiento de los delitos, la perfección para lograr la impunidad y la implicación de nuevas figuras jurídicas, por ello se hace necesario la transformación en el objeto de regulación del Derecho, y analizar el principio impuesto en los orígenes de esta ciencia denominado "*Societas Delinquere Non Potest*". Consecuentemente, que se hace necesario incluir a las personas jurídicas dentro del elemento personal de los delitos, en otras palabras, como sujetos activos del mismo. El presente artículo pretende realizar un breve análisis de las teorías que existen en torno al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como sujetos del derecho penal, e incluir la relación que mantienen las mismas con las denominadas "testaferros" y cómo, a partir de la nueva concepción establecida en el Código Orgánico Integral Penal, se hace necesaria examinar en la dogmática del Derecho Ecuatoriano.

Introducción. Reseña histórica doctrinal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el principio tradicional "*societas delinquere non potest*"

La responsabilidad jurídica consiste en el deber, legalmente establecido, de asumir las consecuencias que correspondan por la realización de un hecho antijurídico (contrario al Derecho). Esa responsabilidad jurídica puede ser de diversos tipos, según la rama del Derecho en que ella opere. Comúnmente, en las teorías relacionadas al incumplimiento de conductas se identifica al autor con el sujeto que realiza la acción volitiva del hombre, sin embargo, el sujeto lo constituye el componente personal. Es decir, el sujeto del acto prohibido resulta, por consiguiente, el componente personal de ese concepto, con independencia de las formas específicas en que se materializa su intervención en la ejecución del hecho, las que se manifiestan, en realidad, en sus formas

concretas de obrar. Que pueden variar como instigador, cooperador necesario, inductor, autor intelectual entre otros.

En este sentido, por mucho tiempo se consideró una posición individualista con respecto a la responsabilidad penal de las personas, donde la persona natural o física era la única que podía verse inmersa en esta figura, dado principalmente por condiciones atribuibles a la culpabilidad, a la capacidad de acción u omisión e incluso al sufrimiento de la pena, en las que no se concebía la posibilidad de actuación de las personas jurídicas.

Las personas jurídicas han alcanzado un reconocimiento como sujetos del cometimiento de infracciones, más allá del ámbito administrativo, y a pesar de que históricamente han existido teorías que refutan la tesis de responsabilidad de las personas jurídicas, a fines del siglo XIX resurgió el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a partir de la diversa consideración de la naturaleza de éstas. En esta línea, aplicando los principios y reglas generales de la *actio libera in causase* (“*acto libre por su propia causa*”),² se ha afirmado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. No se trata de la culpabilidad psicológica del órgano, sino una culpabilidad (orientada a categorías sociales y jurídicas) propia de la persona jurídica y que muy bien podría denominarse “culpabilidad por vicios de organización”. Desde este punto de vista, la persona jurídica se convierte en culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exi-

² La *actio libera in causa* es uno de los temas más debatidos en el derecho penal, ya que lo que interesa es saber si el sujeto posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable, al analizar la imputabilidad en la que este mismo se sitúa con anterioridad a los hechos y su nivel de previsibilidad del delito ejecutado. se estableció el principio de que el agente respondía por los hechos cometidos en estado de incapacidad cuando él, libremente en estado de capacidad, hubiera establecido la causa para el hecho realizado en estado de incapacidad. Esta teoría, denominada originalmente *actio libera in causa sive ad libertatem relata* y que se abrevió a la denominación *actio libera in causa*, postula la imputación de un comportamiento que, en el punto temporal de la realización, es decir *in actu*, no es libre pero que nace de una acción libre y responsable del agente, es decir, de una resolución libre como *causa libera*. Francisco Castillo González. Principio de culpabilidad y *actio libera in causa*. En defensa de su regulación legislativa. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015. pp 2 y 3.

gibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al hecho de empresa. El clásico principio *societas delinquere non potest* (“la sociedad no puede delinquir”)³ que se puede traducir como el principio de imputación penal individual⁴ ha servido para evadir la responsabilidad en los casos más graves de la delincuencia. Por ello, se ha iniciado un creciente movimiento teórico (Gierke) y legislativo en favor del reconocimiento de las personas jurídicas como sujetos del delito.

La responsabilidad criminal de las personas jurídicas se ha defendido desde la protección de los intereses financieros de los Estados, los fraudes y falsificaciones de los medios de pago, la trata de seres humanos, los delitos contra el medio ambiente, el tráfico de drogas, los delitos contra los sistemas informáticos, la contaminación, la explotación sexual de niños o el terrorismo, estos, son algunos de los delitos en los que se ha descubierto grandes grupos organizados disfrazados con el velo de asociaciones o corporaciones “legales”. Siendo así no debe extrañar que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas esté admitida ya en los ordenamientos jurídicos de los países de numerosos países (Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza). Se admite también en el Corpus Iuris de los Códigos Penales para Latinoamérica, entre los que se encuentran (Argentina, Chile, Cuba, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela). En nuestro caso se integra en el año 2014, en el artículo 49 del nuevo Código Orgánico Integral Penal.

Lo cierto es, que la punición debe comprender tanto a la persona jurídica como a la persona individual actuante; los miembros de la colec-

3 Principio clásico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Según este principio, una persona jurídica no puede cometer delitos, pues carece de voluntad (elemento subjetivo) que abarque el dolo en sus actuaciones. De esta forma, a las personas jurídicas no pueden imponérsele penas, entendidas como las consecuencias jurídico-penales clásicas, más graves que otras sanciones

4 BAJO FERNÁNDEZ, M. Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Madrid, 1978. pp 109 y ss.

tividad —se ha aducido— constituyen personas individuales que obran por cuenta del ente colectivo. La imputación por una culpa de organización es el punto de partida para la fundamentación de la culpabilidad de las personas jurídicas, siempre que la acción del órgano haya vulnerado deberes que incumben a esta. La infracción del deber de vigilancia, de cuidado, de elección constituye la expresión del defecto de organización. Ese defecto de organización se presenta como el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, de modo similar a como ocurre, por ejemplo, en los casos de *actio libera in causa*. En estos casos, no se sanciona por el hecho individual, sino por la falta de cuidado en un momento anterior que hubiese permitido evitar el hecho delictivo.

En el caso de la actuación de los subordinados o de los propios miembros que dirigen o conforman a la persona jurídica, hay que considerar que más allá del orden regular y de los órganos de administración, incide una falta total del cumplimiento en la implementación de mecanismos que permiten la no violación, puesta en peligro o lesión de un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico, con independencia de si éste bien jurídico protegido se encuentra en la esfera penal o no.

El reconocimiento de la punibilidad de las personas jurídicas

En la actualidad la responsabilidad penal de las personas jurídicas está vinculada en la mayoría de las ocasiones a delitos de carácter económico, en los que sus acciones u omisiones punibles, así como las infracciones administrativas que se deriven de estos, se ejecutan en el ejercicio de su interacción en los marcos económicos y sociales mediante el tráfico jurídico, siendo así, se crea una criminalidad empresarial que se desenvuelve a través de entidades colectivas en los que se cometen delitos que lesionan o dañan bienes jurídicos de naturaleza macro-social, y que llegan a constituir grupos criminógenos organizados.

El Código Civil en su artículo 564 determina “*Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y **contraer obligaciones civiles**, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.*” (La negrita no corresponde). En este caso se atribuye a las personas jurídicas obligaciones de carácter civil, traducidas estas en su nacimiento según el propio instrumento legal en su artículo 1453 “**del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.**” (La negrita no corresponde) Por tanto, se ha otorgado a la persona jurídica no sólo capacidad para contraer obligaciones por acuerdo de voluntades sino de responder ante el incumplimiento de las mismas. Lo que conlleva a la pregunta ¿si en la esfera civil la persona jurídica responde de su incumplimiento, por qué no debiera responder en el ámbito penal? El artículo Art. 2214 del Código Civil así lo estipula en el caso de lo considerado delito al mencionar que: “*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; **sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito***”. (La negrita nos corresponden).⁵

En la determinación de los delitos perpetrables por las personas jurídicas pueden seguirse uno de los dos sistemas siguientes: el de la previsión concreta (o sistema de *numerus clausus*) y el de la previsión genérica (o sistema de *numerus apertus*).⁶ Según el sistema de la previsión concreta, la ley penal señala taxativamente los delitos que pueden cometer las personas jurídicas, con lo cual se excluyen aquellas transgresiones penales que quedan fuera de esa referencia expresa. Tal sistema tiene, sin embargo, un serio inconveniente: requiere un examen minucioso y particularizado de cada delito (para evitar indebidas impunidades) a fin de decidir anticipadamente su presumible comisión

⁵ Código Civil Ecuatoriano. (Codificación No. 2005010) Ediciones Legales, 2013

⁶ Dr. Pérez Quiros. *Manual de Derecho Penal Tomo II*.

por una persona jurídica. Esto puede ser sencillo en algunos casos (los delitos de estafa, de evasión fiscal, etc.) pero dudoso e inseguro en otros, sobre todo si se tienen en cuenta los avances tecnológicos y el incremento universal de la delincuencia organizada, tráfico de personas, prostitución, etc.

Por ello, el Código Orgánico Integral Penal prefirió seguir el sistema de la previsión genérica (sistema de números abiertos) en el que su artículo 49 determina que las personas jurídicas son penalmente responsables por la comisión de cualquiera de los delitos enunciados en el Código, aun cuando es lógico reconocer que existirán infracciones punibles que, en la práctica, resultarán difíciles de perpetrarse por ellas. No obstante, el legislador ha determinado figuras específicas en las que ha impuesto una sanción principal en el caso de personas jurídicas, por ejemplo, lo previsto en los artículos 89 y 90 del COIP referente a Delitos de lesa humanidad, los artículos 92 y 94 del COIP, sobre Trata de personas, artículo 109, 201 entre otros.

La culpabilidad de las personas jurídicas desde el nuevo Código Orgánico Integral Penal

La clásica discusión en este tema ha sido la capacidad de culpabilidad⁷ que tienen las personas jurídicas, en cuyo caso se argumenta de una parte que la persona jurídica no es sujeta a el llamado “juicio de reproche” que se hace al autor del delito, ya que no constituye una persona natural⁸ y por tanto no presenta el elemento volitivo de la acción u omi-

⁷ Muñoz Conde, F., *Teoría General del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 28. Siguiendo esta misma línea Luna Serrano y Lacruz Berdejo añaden que “a las personas jurídicas les falta conciencia y voluntad en sentido psicológico, y con ello la capacidad de autodeterminación, facultades humanas que necesariamente han de tomar prestadas de los hombres. Sólo son semejantes a la persona natural en cuanto a unidad de eficacia (...) en virtud de esa semejanza pueden, al igual que un ser humano, constituirse en sujeto de derechos y deberes”. (Gracia Martín, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, *Revista peruana de Ciencias Penales*, n° 4, julio-diciembre, 1994, pág. 474.

⁸ La distinción efectuada entre Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor, siguiendo a Muñoz Conde, no sólo debe ser contemplada como una cuestión puramente sistemá-

sión; sin embargo, por otra parte se sostienen en contra de esta tesis que la culpabilidad puede prescindir de estos componentes y sólo considerar su "capacidad" de acuerdo a las reglas determinadas con anterioridad en este escrito.

Las normas que sobre la autoría y la participación se hallan comprendidas en los artículos 41, 42 y 43 del Código Integral Penal les son aplicables a las personas jurídicas, o sea, que estas pueden ser sancionadas como autoras o como cómplices del hecho punible. Cada persona jurídica, por el carácter de sus actividades, desarrolla determinadas tareas, cumple determinadas funciones y persigue determinados objetivos. El conjunto de esas tareas, funciones y objetivos constituye la denominada "esfera de acción propia de la persona jurídica", o sea, integra el ámbito de su competencia funcional. Esa esfera de acción propia de cada persona jurídica representa el medio en que se desarrolla su capacidad jurídica y su capacidad de obrar.

En la cuestión de las relaciones entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la responsabilidad individual de los autores del hecho punible se han seguido dos sistemas: el "sistema indirecto" y el "sistema directo".

En el "sistema directo", se admite la responsabilidad penal de la persona jurídica, mediante una fórmula que permite, en determinados casos y bajo determinadas condiciones, sancionar de manera inmediata a la persona jurídica, sin que ello esté condicionado a la respon-

tica, sino también política e ideológica, de modo que "sólo el Derecho Penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente". El problema que plantea un Derecho Penal de autor es que éste se construye sobre determinadas cualidades de la persona de las que ésta, mayoritariamente, no es responsable y, por otro lado, éstas no pueden ser descritas con la nitidez requerida en los tipos penales. De este modo sería muy sencillo describir los actos que llegarían a constituir un homicidio o un hurto, mientras que extremadamente más difícil sería empeñarse en describir en el tipo penal las características y cualidades que deberían, en su caso, acompañar a un ladrón o a un homicida. Como consecuencia de ello, un derecho Penal de autor nunca sería suficiente para limitar el poder punitivo de un Estado y, por el contrario, favorecería una concepción totalitaria del mismo (MUÑOZ CONDE, F., Teoría General del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, págs. 23 a 24).

sabilidad y punición del representante de dicha persona jurídica. Esto no elimina la posibilidad de que también la persona natural pueda resultar sancionada. Su fundamento radica en el criterio de que la sanción de la entidad puede, en general, resultar suficiente para producir en los dirigentes las consecuencias reprobatorias que deja la reacción defensiva de la pena. Tal es el sistema seguido por la legislación de Holanda, Francia, Inglaterra.

Este sistema directo es el acogido por el COIP, por cuanto en el artículo 49 dispone que la responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye la posible responsabilidad individual en que hubieren incurrido los autores o cómplices de los hechos punibles. Es, además, el que resulta preferible, tanto desde el punto de vista político-penal como desde el punto de vista jurídico.

Desde el punto de vista político-penal hay que reconocer que la prevención del delito se logra más eficazmente si la acción penal puede dirigirse directamente a la punición de la persona jurídica, con independencia de dirigirla también contra la persona física, pero eludiendo el inconveniente de condicionar la imposición de la sanción de la persona física a la que pudiera considerarse autora del delito, lo que no siempre es fácil ni posible ya que la distribución de competencias dentro de una organización compleja, como generalmente lo es la de la persona jurídica, impide en la mayoría de los casos imputar el hecho a un sujeto concreto.

Desde el punto de vista jurídico se sostiene que: si el principio de legalidad constituye una garantía del Derecho penal, tanto respecto a las personas físicas, como en cuanto a las personas jurídicas, la sanción a una persona jurídica debe estar basada en su propia acción y en su propia culpabilidad y nunca en una acción o en una culpabilidad “tomadas prestadas” de la persona física que actuó en nombre o interés de la persona jurídica.⁹ El artículo 49 del COIP tercer párrafo así lo establece “La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de

9 Dr. René Quirós Pérez. Manual de Derecho Penal. Tomo I

la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito".¹⁰

La dogmática penal ecuatoriana frente a los retos de nuevas formas de criminalidad

El sistema de Derecho Penal ecuatoriano, ha tenido una serie de modificaciones profundas que ha devengado en dejar atrás el modelo tradicional, todo ello a consecuencia de las transformaciones que operan en la sociedad, lo que ha provocado una renovación de la dialéctica del pensamiento y la política penal. Cotidianamente somos testigos de la creación de nuevas propuestas, de cambios en el concepto y contenido de diferentes categorías tradicionales, de la implantación de otras nuevas, hasta el punto de eliminar otras que se creían estoicas. La búsqueda de nuevas alternativas a estos problemas criminales no puede dejar de lado el hecho que al Derecho Penal le corresponde un lugar de mínima intervención, por lo que su papel en la práctica social, no debe ser periódico ni cotidiano, sino que debe estar ligado a su carácter excepcional.

En el estudio de los fines que persiguen las sanciones penales, se debe considerar en el caso de las personas jurídicas¹¹ no sólo la respuesta coercitiva ante un acto recriminado por la sociedad, sino su propuesta constructiva, ligada en primera instancia a la política criminal que permite establecer mediante su fundamentación empírica si las medidas adoptadas en el nuevo orden penal satisfacen las condiciones que inspiran a realizar cambios en el ordenamiento jurídico y que justifican la tutela a bienes jurídicos que la sociedad considera en extremo im-

¹⁰ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No 180, Quito- Ecuador, 2014.

¹¹ Gracia Martín afirma que actualmente el problema de si las personas jurídicas son sujetos responsables criminalmente o no, no se puede resolver ya partiendo de la contraposición entre la teoría de la ficción de Savigny y la teoría realista de Gierke. Hoy se hace necesario afirmar, siguiendo a Larenz en la doctrina alemana y a Lacruz Berdejo en la española "que la persona jurídica es un factor real, activo en el ámbito y en el acontecer sociales (...) una realidad propia, distinta de las personas físicas" (Gracia Martín, L., "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", Revista peruana de Ciencias Penales, n° 4, julio-diciembre, pág. 472).

portantes. Nadie puede negar que hoy la situación que presentan los distintos Estados con las asociaciones y corporaciones es peligrosa y debe enfrentarse, por tanto, las líneas de una política criminal no se pueden trazar sin tener en cuenta la masificación de fenómenos criminales,¹² como los que se pueden constatar en el marco de los ejercicios de las personas jurídicas.

Las transformaciones político criminales que se han operado en la conformación de nuevos tipos de delitos, donde ya no se afecta solo las relaciones entre el patrimonio de un individuo y quien lo afecta, sino que esta relación se abrió paso hacia otros horizontes incluyendo los bienes jurídicos colectivos, que se desarrollan en el marco de grandes entidades que dispersan la actuación de un solo individuo hacia los límites de la colectividad y de ahí su gran dificultad de concreción individual, por tanto ya nada puede ser igual, pues se ha dado lugar a un tipo de criminalidad con respecto a la cual los tradicionales instrumentos dogmáticos, o al menos la concepción tradicional de los mismos ha entrado en crisis,¹³ por lo que se deben buscar nuevas alternativas ya que la tutela penal se justifica por la necesidad de defender las condiciones de existencia de una sociedad determinada, en un momento dado, frente a las violaciones que la ponen en peligro.¹⁴

Para legitimar la sanción penal en las personas jurídicas es obligado recurrir a la idea de protección del bien jurídico, teniendo en cuenta que la lesión al bien jurídico por una persona jurídica no puede demostrar por sí sola la autoría de un determinado individuo, sino un fallo en su organización que facilitó la perpetración del hecho.¹⁵

¹² Rodríguez Devesa, J, "Sobre la necesidad de una nueva política criminal". Artículo en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXIV. Mayo- diciembre, pág. 703

¹³ Gracia Martín, L. "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas en Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto". Editor José María Bosch, S.L. Barcelona. 1996. p. 52

¹⁴ Carranca Trujillo, R. *Derecho Penal mexicano*. Parte General. 2da edición. Porrúa. México. 1941. p. 206

¹⁵ Dra. Mayda Goite Pierre. "La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una visión desde la dogmática al Derecho positivo cubano."

Cuando se analiza la imposición de la pena hay que tomar en cuenta el principio de la personalidad e individualidad de las mismas, por lo que en el caso de las personas jurídicas se vuelve complejo ya que la misma está compuesta por una pluralidad de sujetos. Sin embargo, no se puede soslayar que la persona jurídica adquiere una personalidad autónoma y jurídicamente reconocida diferente a los sujetos que la componen por lo que la pena que se pretenda aplicar debe estar vinculada directamente a esta realidad jurídica, permitiendo establecer una coherencia con el propósito de estas, que actúan mediante sus órganos o personas de representación, y evitando que sean beneficiadas ante la comisión de delitos por no poder determinarse la imputación a la persona natural y que en consecuencia, burlando al ordenamiento jurídico, queden libres por falta de un autor individual concreto.

Se ha señalado que las personas jurídicas no pueden sufrir las penas previstas para las personas naturales, como por ejemplo la prisión provisional, pues en primer lugar el contenido punitivo corresponde a un hecho propio realizado por personas naturales, siendo así de aplicarse penas a las personas jurídicas estas no cumplirían los fines o funciones que la doctrina les atribuye a las penas. Sin embargo, las penas para las personas jurídicas no tienen que ser las mismas que las previstas para las personas naturales, sino ajustadas al hecho propio, que se les reconoce autonomía y capacidad de acción y finalmente, la pena sí podría cumplir sus fines, entendiendo que las mismas tengan por fundamento la propia naturaleza de ellas. Es por ello, que atinadamente el Código Orgánico Integral Penal, determina para las personas jurídicas penas ajustadas en su estructura, entre las que se pueden citar: Disolución, extinción, multa, clausura temporal o definitiva de locales y establecimientos, remediación de los daños, entre otras.

Este es el catálogo de sanciones presentado por la legislación ecuatoriana, sin embargo, considero que el mismo es susceptible de ampliarse, buscando un abanico mayor de posibilidades en una institución de la que aún no se tiene un adecuado desarrollo práctico, por lo que entre todas las que se han determinado en el COIP, creo que merecería

la pena pensar en algunas de ellas como pudieran ser: la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en algún grado en el delito. Esta prohibición podría tener carácter temporal o definitivo.

Lo cierto es que independientemente de las posiciones sobre el reconocimiento penal de las personas jurídicas como sujetos de derecho en la esfera penal, existe una necesidad de ajustar una política-criminal, en donde no es suficiente que los ilícitos cometidos en el ámbito de las personas jurídicas sean contrarrestados con medidas civiles y administrativas. Esta necesidad es calificada como decisiva cuando estas medidas de carácter civil o administrativas, no son suficientes para compensar la protección de un interés público o la vulneración de bienes e intereses de carácter socio-económico macros, de conductas graves en las que es necesario imponer penas más severas justificadas fundamentalmente en el marco del creciente imperio de las sociedades en el tráfico económico-comercial y la ejecución de delitos de esta naturaleza, en las que se desarrolla una forma de criminalidad en aumento y diferente a la tradicional. La ineficacia de las sanciones sólo se soluciona mediante la búsqueda de sanciones más eficaces, sin necesidad de construir un nuevo Derecho Penal.¹⁶

La individualización de la responsabilidad penal en el COIP

La cuestión de la naturaleza de la aportación al delito estriba en determinar si el hecho delictuoso aparece realizado por el sujeto como “su propio hecho” o si, por el contrario, su acción produce el delito sólo de manera indirecta, o sea, a través de la conducta de un tercero, de forma que el hecho aparecerá entonces como un “hecho ajeno” en el que el sujeto se ha limitado a colaborar. La distinción entre autor y partícipe es independiente de que la ley decida sancionarles del mismo modo o,

16 María del Carmen Vasco Mogorrón. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”

por el contrario, establezca una penalidad diferenciada para unos y otros.¹⁷

La cuestión del grado de la responsabilidad penal contraída por los diferentes intervinientes ha sido objeto de diverso tratamiento teórico y legislativo, pero siguiendo, en general, dos corrientes principales: la que incluye todas las clases de intervinientes dentro del concepto general de autor (concepto unitario de autor); y la que distingue varias formas de intervención con arreglo a la importancia material de las contribuciones al hecho (teorías que distinguen entre autor y partícipe).

En el Código Orgánico Integral Penal, se recoge por su interpretación las teorías que distinguen entre autores y partícipes, tal es así que determina en su artículo 41 entre autores (directa o inmediata, mediata, coautoría) y cómplices. En el caso de las personas jurídicas habría que analizar cómo puede manifestarse una autoría directa cuando se determina en su artículo 42 apartado uno inciso b *“Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo”*. La autoría directa requiere, por lo menos, la intervención de dos sujetos: el llamado “instrumento” y el autor mediato. El instrumento es el sujeto irresponsable en el orden penal, que materialmente actúa, realizando el supuesto de hecho previsto en la correspondiente figura de delito y que se halla en una posición de subordinación absoluta al autor mediato, convirtiéndose por ello en un instrumento de este. La autoría directa responde a una realidad sustancial: los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas que actúan como meros instrumentos. La interposición de estas personas no impide que tales hechos aparezcan como “obra” del hombre que actúa desde atrás. Del mismo modo que se reconoce que el hombre puede efectuar determinadas acciones sirviéndose de animales o de aparatos mecánicos, hay que admitir igualmente que puede realizar ciertos hechos a través de otras personas que obran como instrumentos.

17 Rene Quiroz Pérez. Manual de derecho penal Tomo III. Capítulo XII

Es así que en la teoría se conjugan la del “dominio del hecho” y la “objetivo-formal” para explicar que al final mediante el nexo causal cuando alguien no impide la acción punible del instrumento, en contra del deber de garante. En estos casos debe estimarse una autoría directa por omisión, porque la no evitación del hecho de un imputable a quien se deba supervisar hace surgir la plena responsabilidad como garante de la actuación de terceras personas.

Considerando que el grado de responsabilidad de la persona jurídica está dada precisamente por el nivel jerárquico de los infractores, de la acción u omisión en sus deberes de organización, de dirección, de falta de adopción de medidas que pudieron impedir la acción que provocó el acto antijurídico; de modo que, la responsabilidad colectiva de la persona jurídica deviene de la culpabilidad individual de sus accionistas.¹⁸

Por su parte también puede establecerse la Coautoría prevista en el artículo 42 numeral 3 “*Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción*”.¹⁹

Es importante destacar respecto a las teorías existentes en este campo que destaca el “acuerdo” en este sentido su punto de partida radica en dos fuentes principales: de una parte, en la teoría de la coautoría como inducción recíproca, concebida por Feuerbach y difundida por Köstlin y Berner; y, de otra parte, en las ideas de los iusnaturalistas italianos del siglo XIX, en particular Carrara, acerca de la “sociedad” como forma de inducción delictiva. Se entendía entonces, con mayor o menor certeza, que la “sociedad”, en el sentido abordado por la práctica judicial española, era un pacto entre varias personas con el fin de consumar un delito de utilidad común o respectiva de todos los asociados. Este fue el pensamiento que sirvió de antecedente a los tribunales españoles

18 Sentencia en casación caso “El Universo” CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-

19 Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial N° 180, Quito- Ecuador, 2014

para elaborar y aplicar la teoría del acuerdo previo, en el terreno de la coautoría.

Si bien la teoría del acuerdo previo surgió como obra impulsada por la necesidad político-penal, su ulterior desarrollo no puede radicarse en el ámbito de lo deseable; es así que se debe considerar, en término preferente, tanto el acuerdo simultáneo como el acuerdo tácito. No se precisa que todos los coautores realicen los actos propios y característicos del delito, sino que basta la actividad de aquellos que tiendan a la perpetración del hecho delictuoso. Las diferencias cualitativas y cuantitativas de los diversos aportes de los intervinientes constituyen sólo el fundamento para la adecuación de la penalidad.

Siendo así, se aplica lo que en doctrina se denomina ignorancia deliberada que proviene del Derecho penal angloamericano, donde se la conoce desde hace más de un siglo como la “teoría de la *willful blindness*” (literalmente, “ceguera intencionada”). En términos generales esta doctrina viene a sostener la equiparación, a los efectos de atribuir responsabilidad subjetiva, entre los casos de conocimiento efectivo de los elementos objetivos que configuran una conducta delictiva y aquellos supuestos de desconocimiento intencionado o buscado con respecto a dichos elementos. Tal equiparación se basa en la premisa de que el grado de culpabilidad que se manifiesta en quien conoce no es inferior a la de aquel sujeto que, pudiendo y debiendo conocer, prefiere mantenerse en la ignorancia.

Por ello, los casos de desconocimiento provocado son supuestos de auténtico dolo aunque pueda faltar en ellos el grado de conocimiento que esta figura exige, lo que concluye que en los casos de desconocimiento provocado son supuestos de auténtico dolo aunque pueda faltar en ellos el grado de conocimiento que esta figura exige, tanto para el socio como para el que se escuda en esta figura.

En realidad, este problema no se plantea exclusivamente a propósito de la ignorancia deliberada, sino que tiene sus causas en los propios

pilares del vigente sistema de imputación subjetiva y su interpretación mayoritaria. Sin ir más lejos, se constata también en la plena equiparación entre dolo directo y dolo eventual, que lleva a tratar igual los casos de realización intencionada o con pleno conocimiento de una conducta delictiva y los supuestos de comisión de un hecho típico con una mera representación de la posible concurrencia de sus elementos.

Es así que los miembros u órganos que conforman a la persona jurídica, no solo tienen capacidad y pleno conocimiento sobre quienes conforman organizativamente la sociedad o colectivo, sino que están vinculados directamente con su contratación y sobretodo, con la capacidad de decisión que poseen, donde pueden impedir y negar el que se realicen actos de naturaleza delictiva. Manifestado en el campo jurídico como un acuerdo tácito, al aceptarlo, o simplemente no adoptar las medidas necesarias para impedirlo.

Pero más allá de esta teoría también en el campo jurídico penal, se ha justificado la ausencia del requisito de la conexión subjetiva que es propia de la coautoría, obliga a considerar el hecho de modo independiente con respecto a cada una de las personas que han ocasionado con sus actos la consumación del resultado antijurídico. La responsabilidad penal de cada autor accesorio se determina con arreglo a su propia conducta delictiva (de acuerdo con el principio “cada sujeto responde por sus actos”). Por ello, es perfectamente posible que el título subjetivo de la imputación varíe conforme a la culpabilidad de cada uno de los intervinientes, apareciendo unos como autores dolosos (quienes intencionalmente actuaron) y otros como autores por imprudencia (por no tomar las medidas de manera negligente) del resultado producido llamada en la esfera teórica “autoría accesoría”.

La figura del testaferro desde la doctrina

Según define el Diccionario de la Real Academia Española testaferro significa, “el que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona”.²⁰ Entre las actividades en las que

esta figura suele verse involucrada a menudo se encuentran la asunción de la titularidad o la administración de sociedades mercantiles, cuando, por razones diversas, quien tiene el dominio real de una compañía no está interesado en aparecer ante terceros como su socio o administrador formal.²⁰ En algunos casos, como el que nos ocupa también puede verse esta figura asociada a un servicio retribuido, que para algunos individuos llega a convertirse en un auténtico *modus vivendi*.

El recurso al hombre testaferro por parte de quien controla efectivamente una sociedad puede deberse a razones y objetivos diversos, entre ellos, la decisión de cometer uno o varios delitos, o cualquier otra acción antijurídica, de esta manera el administrador real no busca otra cosa que disminuir el riesgo de ser descubierto y, por ello, cabe sostener que la razón por la que se retribuye a este sujeto no es tanto el desempeño de un cargo o figura que en realidad no ejerce, como su contribución a dificultar el descubrimiento de quienes controlan realmente la empresa en cuyo seno se realiza la actuación delictiva.

En muchos casos, más allá de las condiciones periciales de investigación, este tipo de figura presenta dificultades derivadas del aspecto subjetivo del hecho, por ello, la solución para castigar a ciertos socios o administradores meramente formales radica, básicamente, en la posibilidad de modificar algunos aspectos del Derecho vigente o en revisar, cuando menos, los términos habituales de su interpretación.

20 Una definición prácticamente idéntica, aunque algo más extensa, utiliza el Tribunal Supremo Español en la Sentencia de 18 de octubre de 2004. Según la Sala Segunda, el testaferro "es aquella persona que presta su nombre a otra en un contrato, pretensión o negocio, encubriéndola u ocupando el lugar de aquélla"

21 García Cervera, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, 1999, p. 109 ss; el mismo, InDret, 2006, p. 6 ss; Núñez Castaño, Responsabilidad penal en la empresa, 2000, p. 121 ss; Faraldo Cabana, Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales, 2000, p. 75 ss; Bajo Fernández/Bacigalupo Saggese, Derecho penal económico, 2001, pp. 102-104; Martínezbuján Pérez, Derecho penal económico, 2007, p. 516 ss; Ríos Corbacho, El administrador de hecho en los delitos societarios, 2005, p. 63 ss, p. 121 ss; Fernández Bautista, El administrador de hecho y de Derecho, 2007, p. 309 ss. En Alemania, Schünemann, L K, 12ª ed., 2006, § 14, nm. 69 ss; Marxen, N. K, 2ª ed., 2005, § 14, nm. 40 ss; y Groß, Die str

Desde un punto de vista estrictamente objetivo, la determinación de la relevancia típica de la conducta del “socio” meramente formal depende de las características del delito, por ejemplo, en los casos en los que se puede sancionar directamente al testaferro como autor de los hechos, donde es utilizada la figura del mismo como responsable directo del contenido violatorio de los hechos.

En función de ello puede desprenderse que el testaferro es consciente –plena o eventualmente– de que está llevando a cabo (o colaborando en) una conducta típica, que tiene relevancia en la esfera de la sociedad.

Cuando la administración de la persona jurídica recae sobre figuras de alto nivel como, gerentes, representantes, administradores, que por sus funciones ejercen un nivel de control o decisión más allá de los órganos centrales de la propia sociedad, se demuestra que el testaferro, por lo general, conocía de las posibles consecuencias de responsabilidad ulterior exigida en ley, así como el propio colectivo o persona jurídica, en la medida en que los roles profesionales que objetivamente desempeña cualquier sujeto son un indicio para atribuirle determinados conocimientos a partir de reglas de experiencia, al testaferro, en tanto que administrador de Derecho, le deberían ser imputados todos aquellos conocimientos con los que, en principio, debe contar quien desempeña semejante cargo.

Conclusiones

El enfrentamiento eficaz de conductas socialmente peligrosas demanda la aprobación de normas jurídicas que, sin desconocer el cometido predominante de la prevención, contribuyan a respaldar los principios y valores de la sociedad ecuatoriana, conminando previsoramente, con razonables y justas sanciones penales, los comportamientos que, de manera reprochable, puedan lesionar esos principios y valores realizados por las personas jurídicas en el ámbito de sus funciones.

El proceso de reformas que viene desarrollándose en la legislación económica, social, financiera y mercantil de nuestro país, determina la inmediata necesidad de modificar algunos preceptos del acervo doctrinario que en el marco del Derecho Penal se han manejado tradicionalmente y de adicionar otros, a fin de alcanzar la adecuada complementación de los objetivos procurados por esos cambios legislativos, mediante la previsión de normas que sancionen aquellos ilícitos que ocasionen o puedan ocasionar elevados perjuicios al desenvolvimiento correcto de las nuevas relaciones instituidas, como son los ejecutados por personas jurídicas y que afectan bienes de naturaleza macro social.

Las modificaciones introducidas por el Código Orgánico Integral Penal son en mi opinión de una gran trascendencia y ellas marcan una concepción diferente en el Derecho penal ecuatoriano, al transformar el principio de responsabilidad penal individual, por el principio que admite también, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Es necesario en función de estos cambios, determinar una política criminal que ampare la previsión y adopción de medidas acordes a la ocurrencia de nuevas formas delictivas devenidas de la realidad imperante en el país.

El objetivo de incluir, una norma que contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas permite impedir los beneficios o ventajas que puede obtener la misma por la comisión de un delito llevado a cabo en su interés, confiriendo la posibilidad de imponer una sanción acorde a la persona jurídica.

La penalidad de la persona jurídica tiene por finalidad fomentar que los órganos directivos de ella impidan dentro del ámbito de la empresa la comisión de infracciones, la vulneración de deberes de los empresarios o que las empresas se enriquezcan por medio de la comisión de delitos, teniendo siempre en cuenta también que la finalidad de la imposición de una pena, no puede estar sustentada en estrictos criterios de comparación o en la pretensión de igualar a la persona jurídica con la persona física.

Es necesario desarrollar una fórmula no sólo general sino también una particular para las personas jurídicas, tal como se hace en los casos por ejemplo de la tentativa, desistimiento, reincidencia, concursos u otras instituciones previstas en la parte general del Código Orgánico Integral Penal y su conveniencia es indiscutible y su apego al principio de Legalidad es obvio, para la correcta interpretación de los operadores del derecho. Tema que sería objeto de análisis en otro artículo.

Bibliografía

- BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978. pag 109 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2001, pp. 102-104.
- Tribunal Supremo Español en la Sentencia de 18de octubre de 2004.
- GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999, p. 109 ss;
- _____, InDret, 2006, p. 6 ss;
- NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa*, 2000, p. 121 ss;
- FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, 2000, p. 75 ss.
- MARTÍNEZBUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2007, p. 516 ss.
- RÍOS CORBACHO, *El administrador de hecho en los delitos societarios*, 2005, p. 63 ss, p. 121 ss.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de Derecho*, 2007, p. 309 ss.
- SCHÜNEMANN, LK, 12ª ed., 2006, § 14, nm. 69 ss; MARXEN, NK, 2ª ed., 2005, § 14, nm. 40 ss; y GROß, Die str
- Sentencia en casación caso “el universo” CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL. - Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No 180, Quito- Ecuador, 2014
- Código Civil Ecuatoriano. (Codificación No. 2005010) Ediciones Legales, 2013
- PÉREZ QUIROS. *Manual de Derecho Penal* Tomo I y II.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J, “Sobre la necesidad de una nueva política criminal”.

LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA FIGURA DEL TESTAFERRO

Artículo en Anuario de *Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XXXIV. Mayo- diciembre, pág. 703.

GRACIA MARTÍN, L. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas” en *Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Editor José María Bosch, S.L. Barcelona. 1996. p. 52.

CARRANCA TRUJILLO, R. *Derecho Penal mexicano*. Parte General. 2da edición. Porrúa. México. 1941. p. 206

MAYDA GOITE PIERRE. “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una visión desde la dogmática al Derecho positivo cubano.”

MARÍA DEL CARMEN VASCO MOGORRÓN. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”

PÉREZ DEL VALLE, CARLOS: Introducción al Derecho Penal Económico en *CDPE*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 1998, pág. 325 y 325

HIRSCH, H.H., “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, *ADP*, 1993, pág. 1100.

GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, *Revista peruana de Ciencias Penales*, nº 4, julio-diciembre, 1994, págs. 482 a 483.

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 23 a 24

RODRIGUEZ MOURULLO, G., “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios”, *ADP*, 1984, págs. 677 a 678.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., *Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades*, Tecnos, Madrid, 1996.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco: Principio de culpabilidad y *actio libera in causa*. En defensa de su regulación legislativa. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS CORPORACIONES EN EL MARCO DE LA UNION EUROPEA Y DE LATINOAMÉRICA¹

Mauricio Enrique Pacheco²

La Responsabilidad de las personas jurídicas en el marco de la Unión Europea

–La normativa comunitaria

En relación con instrumentos comunitarios que posibilitan la adopción de sistemas de imputación penal a las personas jurídicas es claro precisar e identificar un conjunto de complejidades y características subsistentes en el mapa punitivo de la Unión Europea, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

1.- La existencia de un sistema dual administrativo sancionador que coexiste con el sistema penal, ambos en relación de completa autonomía pero simultáneamente en proceso de continuo acercamiento en las legislaciones de varios países de la Unión.

¹ Este artículo es un resumen de un parte de las investigaciones realizadas por el autor a propósito de la elaboración de la tesis de grado doctoral en Derecho y Gobernanza por la Universidad de Salamanca.

² Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

2.- Una mayor eficacia de las políticas comunitarias exigen evidentemente una necesidad de homogenización de las legislaciones nacionales en relación con temas como la RPPJ (En adelante: responsabilidad penal de las personas jurídicas) . En este punto lastimosamente la realidad normativa sigue siendo muy diferenciada y lejos de alcanzar un sistema de homogenización legislativa, en la Unión Europea.

Los principales instrumentos europeos enfocados al establecimiento de la responsabilidad penal de la las personas jurídicas son los siguientes:

- 1.- La Recomendación N.R(88) 8, del 20 de octubre del Consejo de Europa, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que determina un marco elemental de responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones cometidas en el ámbito de sus actividades. Se recomendaba sanciones penales para la empresa en función al tipo de infracción cometida, la gravedad de la misma, las consecuencias sociales de la falta y el carácter preventivo que la sanción debe tener para evitar su reproducción. Se solicitaba la penalización por las actuaciones de los representantes legales que amparados en el reglamento estatutario de las empresas cometían delitos e infracciones penales. Esta resolución viene a constituir el primer intento serio de homogenización de la legislación penal europea enfocada a la criminalización de ciertas conductas empresariales que se repetían en la Unión. La generalidad en los campos de aplicación y el contenido como un signo de expresa preocupación de la comunidad europea por el establecimiento de una responsabilidad penal empresarial, es la particularidad de esta recomendación.
- 2.- Decisión Marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo que no descarta el establecimiento de diversas sanciones, entre ellas las penales, contra la falsificación del euro.
- 3.- La decisión Marco 200 /4 3/JAI, de 28 de mayo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

- 4.- El convenio sobre Ciberdelincuencia de 23 de noviembre del 2001 igualmente previó la responsabilidad penal de las empresas cuando una persona física que actuando en calidad de directivo, de representante o apoderado de la Empresa e incluso por medio de cualquier persona que simplemente opere con autorización de alguno de los mencionados sujetos, cometa las infracciones previstas en el Convenio.
- 5.- La Decisión Marco 2002/475/JAI del 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo.
- 6.- Decisión Marco 2002/946/JAI de 28 de noviembre que reprime el penalmente la ayuda a la entrada, circulación y a las instancias irregulares.
- 7.- La Decisión Marco 2003/80/JAI del 27 de enero sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal.
- 8.- La Decisión Marco/2004/568/JAI del 22 de julio sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado.
- 9.- La Decisión Marco/2004/68 sobre la explotación sexual y pornografía infantil.
- 10.- La Decisión Marco 2004/757/JAI del 25 de octubre sobre el establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.
- 11.- La Decisión Marco/2005/222/JAI de 24 de febrero sobre los ataques a los sistemas informáticos.
- 12.- La Decisión Marco/2005/667 sobre refuerzo penal contra la contaminación de buques.
- 13.- La Decisión Marco/2008/841/JAI de 24 de octubre relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.
- 14.- La Directiva 2008/99/CE de 9 de noviembre relativa ala protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal.
- 16.- Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio que establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.
- 17.- La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo

de 5 de abril del 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Los aspectos que caracterizan a todo este conjunto de instrumentos podríamos resumir en los siguientes puntos:

- 1.- Es insoslayable el hecho de que la emergencia de nuevas formas de delincuencia que la globalización trajo consigo obliga a los países europeos a buscar nuevas estrategias de criminalización y castigo, a delitos como la delincuencia económica, el lavado de activos, la pornografía infantil, el medio ambiente, la ciber delincuencia y otras manifestaciones modernas de la criminalidad. Estas nuevas estrategias implican la aceptación de la imposibilidad de afrontar estas nuevas amenazas con el sistema de responsabilidad penal individual imperante y rediseñar instituciones penales que vayan más allá de la responsabilidad de la persona física y se concentre en la responsabilidad misma de la persona jurídica. El derecho penal vigente muestra déficits preventivos que deben ser superados por nuevos mecanismos sancionatorios nacionales y comunitarios.
- 2.- Han sido razones de un estricto carácter político-criminal que han motivado a la Unión Europea la búsqueda de respuestas penales alternativas a través de un proceso lento de armonización legislativa de regulaciones que tienen características diferentes en cada país miembro. No es desconocido el hecho cierto de que el mercado común en la región es el objetivo principal sobre el que se debe trabajar y en el que las empresas privadas juegan un importante papel en el flujo comercial y financiero del mercado. La necesidad de regular sus actuaciones y sancionar las infracciones cometidas en este marco dominó el marco de las preocupaciones de las autoridades y de los principales órganos de decisión y control de la Unión, emitiéndose Decisiones Marco, Directivas y hasta la celebración de Convenciones que se firmaron con el propósito de buscar una solución al problema de la delincuencia empresarial.

- 3.- La Recomendación N. 18 (88) del 20 de octubre del Comité de Ministros de Europa, expresa la primera preocupación elevada a la categoría de una verdadera exigencia por la implementación de sistema homogéneo de responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de los compartimientos legislativos de cada país. A partir de esta recomendación hubo decenas de iniciativas comunitarias descritas anteriormente que creemos indispensable caracterizarlas de forma general.
- 4.- En elemento característico de la variedad de estos instrumentos jurídicos comunitarios es la imposibilidad de construir un solo cuerpo jurídico normativo que abarque un tratamiento jurídico para la generalidad de infracciones y sanciones. Muy por el contrario, la diversidad de regulaciones expresa la respuesta dispersa y heterogénea que contiene disposiciones normativas mínimas (solo en el aspecto sustantivo, en el aspecto adjetivo o procesal es prácticamente inexistente) que finalmente servirán apenas como referentes para su implementación y desarrollo dentro de sus legislaciones nacionales.
- 5.- Casi todos los autores coinciden que la mayor parte de estos instrumentos no contienen de manera concreta y clara referencias a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Varios países tienen una estructura sancionatoria administrativa y otros tienen un sistema que cae dentro del derecho penal pasando por una serie de matices que es necesario comentar luego de este acápite.
- 6.- El sistema de imputación adoptado por varios de estos instrumentos admiten una responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de las actuaciones realizadas por las personas físicas actuando a título personal o como ejerciendo algún tipo de representación legal o de hecho, o incluso actuado por orden o mandato de éstos. Tal es el caso del Convenio sobre Ciber delincuencia del 23 de noviembre del 2001, Consejo de Europa, Art. 12.2. Es decir, se sugiere un sistema de imputación por hecho ajeno en el que si

no se identifica a la persona física autora de la infracción no existe responsabilidad penal.

Para la determinación se requiere el cumplimiento de varios presupuestos. Cuesta Arzamendi y Ana Pérez³ invocan al art. 8.1 de la Decisión Marco 2000/383/JAI de 29 de mayo el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales, y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, para concretar los presupuestos bajo los cuales la comisión de la infracción por parte de una persona física determina la responsabilidad penal de las personas jurídicas: 1) Se trate de infracciones cometidas en su beneficio por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica basada en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica, o b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer un control en el seno de dicha persona jurídica; 2) La falta de vigilancia o control haya hecho posible que una persona física sometida a su autoridad cometa infracciones.

- 7.- En cambio la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril del 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; la Decisión Marco/2005/667 sobre refuerzo penal contra la contaminación de buques; La Decisión Marco/2005/222/JAI de 24 de febrero sobre los ataques a los sistemas informáticos; la Decisión Marco/2004/68 sobre la explotación sexual y pornografía infantil, establecen un modelo de responsabilidad penal de los entes empresariales por hecho propio. No es necesario individualizar primero la conducta de la persona física para determinar la responsabilidad de la persona jurídica. Se puede determinarla analizando el contexto

3 Cuesta Arzamendi José y Pérez Machio Ana. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados. En armonización Penal en Europa. *Revista Europea Inklings* (EUi). Número 2. Año 2013. p. 57-59

empresarial dentro de sus actividades corporativas realizadas como organización en general.

La responsabilidad penal recae tanto en las personas físicas como en las personas jurídicas independientemente una de otra, siendo la correspondiente a la persona jurídica un ámbito privativo y discrecional de los Estados miembros pudiendo éstos adoptar un régimen de responsabilidad administrativa o penal.

- 8.- En relación a la definición de persona jurídica una buena parte de ellos⁴ acepta la definición que contiene el Artículo 2 d) de la Directiva 2008/99/CE del 19 de noviembre, sobre la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal. Determina que “... *Toda persona jurídica conforme al Derecho Internacional aplicable, a excepción de los Estados u organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado y de las organizaciones internacionales públicas...*”. Definición a más de ser originaria de la tradicional exclusión de los Estados y de las organizaciones internacionales públicas, o privadas con funciones públicas, como sujetos del delito, conlleva un alto contenido de política criminal que presume infundadamente la incapacidad de estas instituciones para cometer delitos.
- 9.- Múltiples instrumentos contemplan igualmente una diversidad de sanciones que se han estructurado como efectivas, proporcionadas y disuasivas. Un ejemplo es lo establecido por el Art. 9.1 de la decisión Marco 2000/383/JAI de 29 de mayo sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro

4 Decisión Marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo que no descarta el establecimiento de diversas sanciones, entre ellas las penales, contra la falsificación del euro; La decisión Marco 2001/43/JAI, de 28 de mayo sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, art. b); La Decisión Marco 2003/80/JAI del 27 de enero sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; La Decisión Marco 2004/757/JAI del 25 de octubre sobre el establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, art.1.3; La Decisión Marco/2005/222/JAI de 24 de febrero sobre los ataques a los sistemas informáticos, art.1c)

tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, en la que dispone que cada Estado miembro adoptara las medidas necesarias para que las persona jurídica considerada responsable le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluirán multas de carácter penal o administrativo y que podrán incluir otras sanciones como:

a) Exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales c) vigilancia judicial, o d) medida judicial de liquidación.

- 10.- De todas formas la normativa de la Unión Europea ha concretado varios esfuerzos en diversos instrumentos indicativos a propender legislaciones nacionales que diseñen mecanismos o modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas independientemente de la actuación de las personas físicas. Modelos que vayan por la tendencia determinar con mayor precisión los hechos propios que puedan acarrear responsabilidad penal de las mismas.

¿Responsabilidad penal o responsabilidad administrativa?

El Congreso Internacional de Derecho Penal reunido en Bucarest del 6 al 12 de octubre de 1929 alertó sobre el papel determinante de las personas jurídicas en la vida social y económica de las sociedades modernas como potencial peligro para el orden jurídico imperante por lo que recomendó que el Derecho penal interno de cada uno de los países establezca medidas *"...más eficaces de defensa social contra las personas jurídicas cuando se trate de infracciones perpetradas con el fin de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con empleo de medios suministrados por ellas y que comprometan su responsabilidad..."*. Esta recomendación estaba lejos todavía de incluir a las personas jurídicas como sujetos activos del delito sino que se encaminaba a la atribución de responsabilidad penal a los representantes legales y a terceros, y solo dentro del ámbito del quebrantamiento de la respon-

sabilidad social del ente corporativo sin referencia a existencia de la utilidad o beneficio propio que con su actuación haya reportado al ente corporativo.

Posteriormente, varias recomendaciones y decisiones marco de la Unión Europea⁵ instaron todos los países bajo su influencia a que adoptaran y adaptaran sus legislaciones internas un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas cuyo desarrollo permitió la creación de un abanico de posibilidades sancionatorias a los entes corporativos que con el pasar de los años y con el desarrollo de la dogmática penal de las últimas décadas prácticamente se han definido algunos modelos genéricos bastante estructurados .

Lo realmente novedoso de este sistema de imputación penal no es el establecimiento de responsabilidades en los entes corporativos porque antes estaban sujetas a un sistema sancionador organizado desde el Derecho Administrativo sancionador o incluso desde el mismo Derecho Civil.⁶ Es la ampliación de los horizontes punitivos del Derecho Penal desde la perspectiva de considerar a las empresas privadas como sujetos activos del delito, sea como organizaciones concebidas para el tráfico de conductas ilícitas o sea por su estructura organizativa deficiente que facilita la comisión de delitos o la distracción a su calidad de garantes de los “...intereses públicos como el cumplimiento de la legalidad o de la adecuación de la organización al derecho...”⁷

5 Varias Decisiones Marco y Directivas recomiendan imponer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para garantizar la RPJ:

6 Agoes Mendizabal Carmen (2013). Armonización Penal en Europa. Rev. European Inklings(EUi). Número 2, 2013. p. 34. Este autor asevera que en la Unión Europea la mayor parte de los estados cuentan con un sistema sancionador separado y diferenciado del sistema penal. Menciona que la principal diferencia entre ambos sistemas reside en tres aspectos: en los objetivos perseguidos, en el tipo de sanciones previstas y en las autoridades competentes para imponer esas sanciones. Esto se debe, a criterio del autor, que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido uno de los temas que más controversias y desacuerdos ha causado pero que poco a poco se consolida un proceso de armonización.

7 Bajo Fernández Miguel(2012) y otros. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Editorial Aranzadi. Pamplona. Pag.50.

Cabe recordar que tradicionalmente han existido dos modelos jurídicos de responsabilidad de las personas jurídicas: el sistema imperante en el área continental europea adscrita a la vigencia del principio *societas delinquere non potest* que niega la capacidad de acción, de culpabilidad y de sufrir los efectos de la pena dada su estructura dogmática basada en la persona física individual;⁸ y el sistema del *Comonn Law* que adopta una postura mucho más pragmática que jurídica que admite la responsabilidad criminal de los entes corporativos, modelos adoptados sin mucha discusión ni reflexión teórica, a diferencia de los primeros. Más allá de los modelos de imputación penal, que combinan el Derecho Administrativo con el Derecho Penal, y que van desde la responsabilidad penal por hecho ajeno hasta los sistemas auto regulados de responsabilidad propia de las empresas, nos interesa saber las motivaciones centrales y determinantes que impulsaron la introducción en el ámbito del Derecho Penal, las acciones de las corporaciones jurídicas.

Como respuesta nos aventuramos a afirmar que existen por un lado motivaciones materiales de carácter político criminal y formal propias del ámbito constitucional y penal; y por otro lado existen poderosas razones de carácter pragmático.

Razones de política criminal

El acelerado desarrollo tecnológico y la creciente complejidad en la estructura social son fuentes generadoras de riesgos que ponen en peligro la estabilidad misma del sistema. Un estado constitucional de derechos

⁸ Este principio tiene origen romano pero en la Edad Media fue modificado permitiendo sancionar a entes colectivos como pueblos, ciudades, familias, mecanismos muy usados por la monarquía hasta la Revolución Francesa que puso fin a estos excesos del absolutismo restringiendo la responsabilidad penal a las personas físicas o naturales negando la responsabilidad por hecho ajeno, la responsabilidad colectiva y la responsabilidad objetiva.

Esta tendencia se modifica, en Europa continental, a partir de la primera mitad del siglo XX cuando se empieza a introducir sanciones de carácter administrativo, civil y penal, especialmente en el ámbito económico y dentro del ámbito de la Unión Europea donde las empresas privadas constituyen el eje dinamizador del comercio comunitario.

definido como un estado garantista de los derechos fundamentales con máxima participación no puede asumir una posición contemplativa frente a sociedades y corporaciones empresariales generadores de riesgos peligrosos en cuya dinámica de funcionamiento y la compleja división de funciones hacen que el poder de decisión de las personas físicas disminuya al máximo en beneficio de las decisiones de órganos cada vez más difusos e inidentificables. Este real y potencial peligro obliga al Derecho penal de ultima ratio a desplegar sus funciones preventivas de riesgos lesivos para bienes jurídicos importantes incluso proponiendo medidas de adelantamiento de las barreras protección, como es la tipificación de delitos de peligro abstracto.

El principio *societas delinquere non potest* predominó desde la Europa del siglo XIX, procarado por el cual se tenía por axioma que las personas jurídicas no cometían delitos ni eran sujetas de responsabilidad porque violaba los principios básicos del Derecho Penal y además porque bastaba el Derecho Administrativo, como el instrumento más idóneo para sancionar las infracciones cometidas en el seno de esas corporaciones. Pero a partir de la crisis económica mundial de 1929 y después de terminada la Segunda Guerra Mundial las actividades empresariales se constituyeron en fuentes generadoras de riesgos tanto en el plano de los procesos de industrialización acelerada como del aparecimiento de la criminalidad organizada económica que terminó, al decir de Adán Nieto, tensionado los ámbitos de la teoría y pragmatismo.

Era una realidad la mayoritaria presencia de las empresas privadas en el tráfico jurídico-comercial europeo y mundial y, por tanto, mayoritaria era su presencia en la mayor parte de los delitos económicos, en los cuales coincidentemente eran las grandes generadoras de riesgos y las grandes beneficiarias de los delitos cometidos en su seno, sin que las sanciones administrativas que generalmente se las imponían hayan constituido un sistema preventivo efectivo.⁹ Ha sido reiterativa la constatación de que en el campo del derecho penal económico "...se ha com-

⁹ Guardiola Lago Jesús (2004). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del Art. 129 del código Penal. *Tirant lo Blanch*. Valencia. p. 26.

probado una y otra vez que la persona jurídica participa, ya no como excepción, sino como regla general en la comisión de delitos..."¹⁰

Esta realidad tuvo una respuesta más temprana en los países del Common Law, la idea de la empresa como instrumento para la comisión de delitos y, por ende, un factor criminógeno¹¹ de reproducción de actividades ilícitas propias de un ambiente soterrado de incumplimiento de la ley dio paso a una nueva concepción de la persona jurídica como garante de los intereses públicos y del cumplimiento de la ley, como lógica consecuencia del esfuerzo del Estado en favor de la permisión de actividades riesgosas generadoras de altas rentabilidades económicas para los socios empresariales privados. Irse en contra de la legalidad significaría una seria confrontación sobre sus responsabilidades sociales, en contra del interés privado, del público y hasta de terceros.

El mismo Adán Nieto afirma que la aplicación de consecuencias propias del Derecho Administrativo sancionador a las empresas generó una realidad caracterizada por:

–El predominio de la multa como una sanción que en muchos casos era elevadísima y que distraía o minimizaba la responsabilidad penal de las personas naturales que administraban la empresa y que, además, las multas impuestas a los administradores terminaban siendo pagadas por las personas jurídicas en montos que resultaban de mínima cuantía frente al patrimonio de la corporación. En este contexto no cumplían con los fines de prevención general.

¹⁰ Abanto Vásquez Manuel. Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares. Centro de Investigaciones Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. www.ciidpe.com.ar. Fecha de publicación: 28/12/2011. p. 2

¹¹ Mir Puig Santiago (2004). Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor. Octava Edición. Pág. 94. Refiere a que Von Lizt y Prins en el extranjero, y Saldaña y Maserveu, en España, partieron de exigencias de política criminal basadas en la peligrosidad: la persona jurídica es un instrumento especialmente peligroso de enmascaramiento de quienes se sirvan de ella para delinquir por lo que hay que castigar a la misma persona jurídica.

- El derecho administrativo sancionador y el derecho penal eran dos espacios normativos que se diferenciaban especialmente en el ámbito de la culpabilidad. Tenían presupuestos diferentes. Con el desarrollo dogmático moderno estas fronteras se disolvieron aceptando el hecho de que la culpabilidad administrativa y la culpabilidad penal podían compatibilizarse y que para evitar la violación al principio *non bis ídem* el procedimiento de juzgamiento de la persona jurídica debía ser el mismo utilizado para la persona natural.¹²
- En el derecho español existía oposición radical a que las multas fueran consideradas como verdaderas penas, y en su tiempo, las consecuencias accesorias fueron muy radicales pensadas bajo el supuesto de que las empresas sancionadas no tenían otra actividad que la delictiva. No eran aplicables a las empresas que ocasionalmente se encontraban en una situación de criminalidad.

La presión provenientes de los convenios internacionales en el área penal, las resoluciones y las decisiones marco de la Unión Europea que prácticamente obligaban a las legislaciones nacionales legislar a favor de la responsabilidad de las personas jurídicas, no exigían una incriminación penal directa sino únicamente en casos específicamente delimitados, como lo establecía por ejemplo el considerando noveno de la Decisión Marco 2001/4 3/JAI del 28 de mayo del 2001 que se refiere a la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.¹³ Casi en la totalidad del resto del sistema normativo comunitario europeo se plantea la adopción de otras alternativas viables como las sanciones administrativas, las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas distintas de la pena. La misma sentencia del 2

¹² Ver más en: Inaki Lagasabaster Herrate . Las personas jurídicas y la potestad sancionatoria de la Administración. En Armonización Penal en Europa. Rev.European Inklings(EUi). Número 2, 20 3. Pág. 4. El autor analiza sobre las personas jurídicas, la potestad sancionatoria de la administración y los problemas de constitucionalidad de las sanciones a personas jurídicas en España.

¹³ “ (9) Es necesario que estas conductas se tipifiquen como delitos penales en todos los Estados miembros, que se establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las personas físicas y jurídicas que cometan o sean responsables de tales delitos...”

de octubre de 1991 emitida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en relación con la interpretación de si la redacción del Art. 15 del reglamento CEE 3820/85 del Consejo del 20 de diciembre de 1985 introducía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resolvió que cada uno de los países miembros de la comunidad europea adoptaran sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas, apropiadas para alcanzar la eficacia del derecho comunitario. No referencia a una sanción penal por los peligros de afectación a principios constitucionales claros relacionados con la culpabilidad y del principio de personalidad de las penas. Criterio que aparentemente lo recoge la legislación alemana e italiana.

En resumen, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se justifica por necesidades de política criminal para el control sobre poderosas empresas y corporaciones que actúan dentro del marco de la globalización económica-financiera cuyo ámbito de operaciones trascienden las fronteras de varios países al igual que sus bases de operaciones generando problemas de aplicación de los ordenamientos jurídicos nacionales por la nacionalidad que ostentan las mismas. La imputación penal es un mecanismo instrumental que los estados pueden utilizar para evitar la impunidad en empresas que, por ejemplo, dispersan en varios países sus centros de producción, decisión, financiamiento y distribución de sus productos o servicios, haciendo de la Unión Europea un ámbito territorial de aplicación de determinadas normativas.

Aunque en todos los instrumentos internacionales emitidos en el marco de la Unión Europea se percibe una clara tendencia a no afectar directamente el principio *societas delinquere non potest* porque se deja a los estados miembros de la Unión a que sean sus legislaciones nacionales las que determinen sobre el carácter y naturaleza penal o administrativa que crean pertinentes para el cumplimiento de las finalidades político criminales.¹⁴ Cuesta Arzamendi es muy concluyente en este sentido

¹⁴ Heine Gunter. La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea. En Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas

cuando afirma que “...de hecho los instrumentos mencionados, en el momento de referirse a las consecuencias jurídicas objeto de aplicación, aluden al concepto de “sanción o medida” y no de “pena”. Habida cuenta de la connotación criminal deducida del concepto de “pena”, el uso del término “sanción/medida” acoge consecuencias diferentes a las meramente penales, no pudiendo deducirse que se recomienda a los Estados la adopción de las consecuencias jurídicas de dicha naturaleza...”, interpretación que hasta ahora impide una homogenización de la responsabilidad penal en la Unión Europea.¹⁵ Si bien es cierto que la naturaleza jurídica de las sanciones a las empresas no está todavía definido dada la variada tradición jurídica de cada país miembro, también es cierto que por necesidades de política criminal casi todos los países europeos han introducido en sus legislaciones un sistema de penalización a las personas jurídicas que adquieren matices diversos, desde la responsabilidad penal hasta la responsabilidad administrativa. Quizá el impedimento de una homologación depende de si el principio de culpabilidad o personalidad de la penas tengan o no fundamento constitucional.¹⁶

Razones prácticas

Se creyó que resultaba más práctico y efectivo sancionar conjuntamente a las personas físicas y a las personas naturales, entre otras, por las siguientes razones:

–El derecho penal individual es insuficiente para individualizar a los responsables de un delito al interior de una empresa dadas las carac-

globales contemporáneas. Carlos Gómez Jara Editor. Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008

¹⁵ Ver más sobre todos los instrumentos jurídicos tomados dentro del marco europeo sobre personas jurídicas y empresas en Cuesta Arzamendi José y Pérez Machio Ana. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados. En armonización Penal en Europa. Revista Europea Inklings (EUi). Número 2. Año 20 3. Pág. 53 a 76.

¹⁶ Guardiola Lago(2004). Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del Art. 129 del Código Penal. Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 42 – 48.

terísticas estructurales de las mismas que hacen que las acciones u omisiones penalmente relevantes se difuminen en un sinnúmero de personas naturales y estamentos administrativos situados dentro de organigramas nacionales e internacionales, muy difíciles, por no decir imposibles, de ser objeto de alguna imputación penal. De haberla, generalmente se dirigen en contra de funcionarios de ínfima ubicación en la estructura jerárquica de la empresa, quedando generalmente fuera del ámbito de punición los cuadros administrativos y gerenciales altos. Zugaldia¹⁷ advertía que en determinados casos estando incluso neutralizados sus órganos y representantes sobrevivía una condición de peligrosidad propia de la empresa, más aun cuando las multas terminaban siendo pagadas por la persona jurídica sin que resulten afectados sus representantes jurídicos.

—La empresa como factor criminógeno implica el desarrollo muy arraigado en la actualidad de lo que se denomina el espíritu criminal de grupo¹⁸ que prioriza en los empleados la lealtad a la empresa por sobre el respeto a la ley como estrategia de ocultamiento de hechos delictivos para beneficio propio.

—No es desconocido por la casi totalidad de los organismos nacionales e internacionales comunitarios y relacionados con la Organización de las Naciones Unidas la creciente e imparable participación directa e indirecta de las personas jurídicas en la comisión de delitos comunes y especialmente en la participación en las redes delictuales dedicadas a la trata de personas, al lavado de activos, al tráfico de armas, al narcotráfico, al tráfico de órganos, a la migración clandestinas, redes de producción y distribución de medicamentos falsos, pornografía infantil, contaminación ambiental, espionaje electrónico, estafas por redes informáticas, la ciberdelincuencia etc.

¹⁷ Zugaldia Espinar José (2002). La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. En Estudios de Derecho Penal Económico. Coordinadores Santiago Mir Puig y otros. Editorial Librosca. Caracas. p. 132.

¹⁸ Nieto Martín Adán (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ob.cit. p.52

—El poder económico, social y político de las empresas privadas han adquirido en la actualidad tal protagonismo e importancia que los activos de muchas de ellas superan en largo el producto interno bruto de decenas de países. Su capacidad de influencia en las decisiones económicas de los países desarrollados ha alcanzado ribetes de tal magnitud que las principales decisiones políticas y económicas de aquellos países no se las toma sin el consentimiento y la participación de las mismas.¹⁹ Los abusos de estas corporaciones, trust, carteles, como sea el nombre con el que se las denomine, no ha pasado desapercibido para los poderes políticos de los Estados que han visto en este comportamiento una fuente de desestabilización democrática y económica a nivel mundial por lo que han adaptado sus legislaciones sistemas diversos sistemas de responsabilidad penal empresarial que frene estos comportamientos desviados. Es un hecho innegable que “...la insuficiencia de prevenir los hechos socialmente dañosos sobre la base de la responsabilidad criminal individual, siendo necesario así, reaccionar frente a determinados ilícitos de las personas jurídicas... evidencia la carencia de mecanismos preventivos idóneos para contener esos riesgos, a los que solo se puede hacer frente a través de la construcción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas...”²⁰ aunque para ello se debe replantear la dogmática penal imperante, como una necesidad de política criminal de armonización de las regulaciones en la región europea.²¹

19 Terradillos Basoco Juan (2012). Derecho Penal, sistema económico y empresa. En *Derecho Penal Económico*. García Ramiro y otros. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos aires. p. 127.

20 Cuesta Arzamendi José y Pérez Machio Ana.. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados. En armonización Penal en Europa. Revista Europea Inklings (EUi). Número 2. Año 2013. p. 53

21 Ver mas en Peter Csonka: Armonización del Derecho Penal en la UE. En armonización Penal en Europa. *Revista Europea Inklings* (EUi). Número 2. Año 2013. pp. 22 a 36. En ella el autor establece que la armonización del Derecho Penal en la Unión Europea es un proceso muy delicado que conduce al establecimiento de reglas mínimas en áreas específicas del derecho penal y derecho procesal penal en lo que concierne únicamente a la admisibilidad de la prueba, derechos de los imputados, derechos de las víctimas limitado al reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial. En Derecho Penal la armonización se limita a la definición de infracciones penales y sanciones en delitos graves y de naturaleza transfronteriza. Así lo determina el Tratado de Lisboa del 2007, arts. 82 y 83.

—Finalmente, admite Adan Nieto Martin,²² que la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un importante instrumento de cooperación para descubrir a los autores individuales (política del palo y la zanahoria) del delito: si colaboran confesando o aportando pruebas reciben importantes rebajas en las penas. Esta política ha sido aplicada con bastante éxito en los Estados Unidos y en la Unión Europea cuyos resultados han constituido una ganancia para los Estados que descubrieron a los verdaderos autores de los delitos y para las empresas que se ahorraron el detrimento de su reputación empresarial, las clausuras e intervenciones en sus locales.

Como una primera conclusión, a criterio de Heine,²³ las exigencias de la política criminal de adelantar las barreras de punición motivadas por la criminalidad económica, lavado de dinero, responsabilidad por productos defectuosos, la protección penal del medio ambiente, verdaderos riesgos que pretendían ser controlados y administrados infructuosamente, el Derecho penal de corte individual presentaba serias dificultades para este cometido, como la identificación del responsable individual en estructuras complejas donde la dispersión de actividades operativas, la posesión de la información y el poder de decisión se diluyen en cientos de estamentos. Esta organización, dice Heine, conduce hacia una “irresponsabilidad individual de carácter estructural” derivada de varios factores como las políticas de encubrimiento, vacíos de competencia, inducción al error entre otros factores. La “irresponsabilidad individual organizada” produce déficit de prevención. Pese a la utilización de los criterios generales de imputación del derecho penal individual en varios casos sonados se tuvo que flexibilizar las garantías para poder establecer algún régimen de responsabilidad penal.

22 Nieto Martin Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: oportunidades y retos para la cooperación judicial. En Armonización del Derecho Penal en la UE. En armonización Penal en Europa. Revista Europea Inklings (EUi). Número 2. Año 20 3. pp. 130 a 150.

23 Heine Gunter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/heig6.html>, de mayo del 2005.

Sin embargo, ni las recomendaciones de carácter internacional ni la realidad numérica y estadística de la participación creciente y continuada de las empresas privadas en la comisión de delitos han satisfecho a un sector doctrinal de Europa y particularmente de España, sobre la introducción de la responsabilidad jurídica penal de las corporaciones. Están convencidos que estas causas no justifican el aniquilamiento del principio *societas delinquere non potest* porque la actuación de la persona jurídica es siempre instrumental. Es decir, se valen de ella las personas físicas para la comisión de delitos por los cuales las consecuencias dañosas injustificadamente pasan factura a los entes colectivos, incluso a terceros que son los que finalmente resultan perjudicados por las consecuencias jurídicas previstas en la ley.

¿Por qué el Derecho Penal y no el Derecho Administrativo Sancionador?

Como anotamos anteriormente una de las características del desempeño empresarial en ámbitos delictivos se caracteriza por la grave dificultad de identificar a los sujetos activos del delito cometido dentro o a través de las estructuras corporativas. No encontrarlo implicaba rendirse en un régimen de impunidad por elusión de responsabilidades agravado por la diferencia en el ámbito de la aplicación de las sanciones en Estados distintos a la nacionalidad de las personas jurídicas sancionadas. El reconocimiento de la responsabilidad penal o administrativa de los entes corporativos implica el reconocimiento extraterritorial de las sentencias o resoluciones que se tomen en otro país miembro.

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, los bienes jurídicos puestos en entredicho por las actividades empresariales pueden ser protegidos desde dos vertientes del derecho: la administrativa y la penal, ambas son manifestaciones del poder punitivo del estado cuyos ámbitos de desempeño dependen de las decisiones del legislador para determinar cuáles infracciones son consideradas como delitos.

La criminalidad de las actuaciones empresariales tradicionalmente ha sido abordada por el derecho administrativo sancionador pero frente al protagonismo creciente que han adquirido las empresas, en la realidad socio económica de la sociedad actual con la creación de riesgos y la comisión de delitos en el seno de sus operaciones, ha quedado corto en cuanto a las expectativas de prevención. Los problemas encontrados y resumidos en un párrafo anterior han pretendido servir de fundamento para acudir al Derecho penal clásico individual cuya aplicabilidad no se ha visto exenta de serias dificultades de adaptación. Las exigencias político criminales de la Unión Europea exigían una respuesta si derogar o no la fórmula del *societas delinquere non potest* pero por otra parte desde el punto de vista de la dogmática penal se argumentó la imposibilidad de eliminar las categorías dogmáticas de la acción, culpabilidad y pena.²⁴ Estas posiciones resumían la esencia del conflicto, que pervive hasta los actuales momentos, puesto que se trata de establecer si la responsabilidad penal de las personas jurídicas implica la revisión y hasta la formulación de un nuevo Derecho penal corporativo o simplemente exige un fortalecimiento del derecho administrativo sancionador.

José Miguel Zugaldía resumía los argumentos bajo los cuales es necesario superar la estructura y los límites del derecho administrativo sancionador como instrumento determinador de la responsabilidad penal de las empresas en los siguientes puntos:

1.- Las personas jurídicas serán sancionadas por el derecho administrativo mediante la imposición de sanciones administrativas por las infracciones que alteren el orden social que no representen sino actos meramente contravencionales. Las conductas peligrosas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos importantes debe necesariamente ser sancionadas por el Derecho penal atendiendo el carácter fragmentario del mismo, sin importar si el infractor es una persona física o jurídica.

²⁴ Zugaldía Espinar José (2002). La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. En Estudios de Derecho Penal Económico. Coordinadores Santiago Mir Puig y otros. Editorial Librosca. Caracas. pp. 123 a 196.

2.- Dado que la imposición de sanciones administrativas o penales en contra de las personas jurídicas exigen por igual el cumplimiento de presupuestos constitucionales como el de culpabilidad y legalidad, lo que no puede desconocerse el cumplimiento de estos requisitos en el ámbito administrativo y negarse en el ámbito penal.

3.- En España y en otros países europeos, la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas implica el reconocimiento de una capacidad de acción de las empresas para la comisión de conductas penalmente consideradas como delitos, sin la cual no tendría sentido imponer una medida de seguridad diseñada precisamente para personas que actúan ilícitamente pero que no pueden ser declaradas culpables, y por ende, sancionadas con una pena.

Pese a lo expuesto, las diversas legislaciones europeas han situado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por un paso itinerante entre la adopción del Derecho penal nuclear en el cual aquella se determina utilizando la reprochabilidad ético-social a la empresa, propia de la culpabilidad del derecho penal individual; y los modelos de culpabilidad orientados a la consecución de un fin y que caen dentro de la coacción administrativa o de sistemas mixtos penales-administrativos, sin tener claro cuales sistemas de garantías sustantivas y procesales sería exigibles.

En este sentido Heine reduce la importancia del nombre que puedan adoptar los sistemas normativos de responsabilidad penal corporativo puesto que lo verdaderamente importante son los requisitos sustanciales para la imposición de sanciones a las empresas. Es decir, se deja de lado las consideraciones sistemático-dogmáticas y se prioriza los objetivos pragmáticos pensados en asegurar los derechos fundamentales de las empresas desde una estructura común de concebir la culpabilidad más allá de las etiquetas de sanciones administrativas o penales que adquieran.²⁵

²⁵ Heine Gunter. La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea. En Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas

En resumen, si lo que se trata es de hacer justicia por la creación de riesgo no evitados por las empresas y además conseguir una motivación que fortalezca su conciencia ética social orientada a que cambien su sistema organizativo y controlen de manera más efectiva los riesgos que generan con sus actividades, los modelos propios del derecho administrativo sancionador, o los modelos que adoptaron la responsabilidad objetiva, medidas de seguridad y del sistema basado en multas, no han sido suficientes para cubrir los grandes vacíos de punibilidad no llenados por el régimen de responsabilidad individual ni han sido suficientes para enfrentar las necesidades político-criminales de los estados, por lo que debe pensarse en la construcción y diseño de un sistema de imputación penal propio y adecuado para las personas jurídicas sobre la base del juzgamiento por hecho propio, aunque la normativa alemana e italiana desvirtúen estos fundamentos por la efectividad mostrada por sus modelos administrativos, cuasi penales dirían muchos, de responsabilidad de las personas jurídicas.

De todas formas y a nuestro entender el edificio en remodelación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los países europeos y en Estados Unidos tiene raíces profundamente empíricas con ensayos sancionatorios que han motivado un crecimiento legislativo de solución al problema delictivo generado por las empresas privadas, especialmente dentro del ámbito del derecho económico.

Instrumentos Internacionales sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas para Latinoamérica

En Latinoamérica la recepción de la tendencia mundial al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas obedece quizá a los mismos factores que la originaron en Europa pero con otro orden de prioridad. Dos fueron los elementos determinantes los factores que incidieron de manera directa en la introducción de esta importante institución en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de estos

globales contemporáneas. Carlos Gómez Jara Editor. Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008. p. 202.

países: Uno es la enorme ola de corrupción que acompaña a la gestión pública en los países latinoamericanos, como fenómeno característico de la actividad empresarial cuyas ejecutorias han desequilibrado por décadas la economía regional con niveles de incidencia directa en el nivel de desarrollo socio económico de la región. El otro factor es el cumplimiento de los acuerdos y convenciones internacionales suscritas por estos países en el marco de la lucha en contra de determinados flagelos como la corrupción, el lavado de activos, el tráfico de estupefacientes, la trata de personas y el terrorismo. Aunque este segundo factor absorbe al primero no se puede dejar de desconocer que la lucha contra la corrupción fue el motor generador de este proceso aunque el foco de la preocupación de estos países sea el mejoramiento de su imagen en términos de índices de corrupción y confianza para la inversión de capitales y acceso al crédito internacional.

Un criterio importante debemos anotar. Y es que indiscutiblemente debemos hacer referencias a que mismo proceso que tuvo Europa en cuanto a la adopción de este sistema de imputación penal parte del reconocimiento y aceptación de que las realidades entre Europa, el mundo y Latinoamérica son diferentes. Las urgencias europeas frente a los avances y dimensiones alcanzadas por la empresa como factor criminógeno son incomparables con nuestros países. El nivel de interacción empresarial económico es superlativamente superior al alcanzado por la comunidad de naciones latinoamericanas pese a tener criterios de acercamiento mucho más homogéneos. En un primer nivel esas urgencias no han llevado en Latinoamérica a la necesidad de adoptar y adaptar en sus legislaciones la responsabilidad de los entes jurídicos sin embargo tampoco se han cerrado las puertas para que iniciativas independientes de cada país hayan adoptado algún sistema de responsabilidad. Aún más lejos de este escenario se encuentra la posibilidad de homogenizar los ordenamientos jurídicos con disposiciones penales similares para el tratamiento de la imputación penal a las personas jurídicas, incluso más allá de cualquier tibio esfuerzo que se haya hecho desde algún organismo de carácter comunitario como el Mercosur, la comunidad Andina, la Organización de Estados Americanos, la CELAC.

No está alejada de la realidad que la inclusión del sistema de responsabilidad penal colectivo en los diversos países de América Latina tiene un efecto multiplicador en lo relacionado con las inversiones extranjeras y con el acceso a crédito fácil y las inmunidades que cada una de ellas se proveerán dentro de un marco de entendimiento para garantizarlas. Caso contrario los inversores buscaran otros mercados al menor indicativo de aplicación de un sistema penal sancionatorio. Para las empresas y los inversionistas de Europa puede ser un suicidio empresarial huir de la Unión Europea para buscar otros escenarios menos gravosos en otros países; hacerlo desde Latinoamérica es mucho más fácil y menos costoso. Por otro lado, si para evitar esta situación perjudicial se adopta como política criminal aplicar la legislación penal corporativa solo en casos excepcionales y para situaciones extraordinariamente particulares nos introduciríamos en un escenario de desvalorización del sistema penal y que tiene que ver con el fenómeno muy criticado del derecho penal simbólico en el que la normativa existe pero no se la aplica.

Mencionamos anteriormente que Latinoamérica y en especial los países del Mercosur debería tener menos dificultades para lograr la homogenización jurídica en todos los ámbitos y no solamente en materia penal porque a diferencia de la Unión Europea que tiene dos tradiciones diversas como son la continental y la anglosajona, Latinoamérica tiene una tradición jurídica muy identificada y de fuente directa del ordenamiento jurídico español del que nos atrevemos a decir que no se han separado completamente. En el ámbito constitucional y penal casi todos los países de la región adoptaron el sistema francés e italiano, respectivamente por lo que un proyecto de homogenización debería constituirse más que un proceso unificador, un proceso de reunificación de las legislaciones que supere elementos emocionales y nacionalismos sin sentido en la tarea legislativa de adaptación. El factor urgencia y necesidad frente arremetida empresarial en el fenómeno de la globalización que experimentaron los países de la Unión Europea en la etapa de la pos guerra hasta inicios del Siglo XXI no suenan a escenarios con un grado de semejanza a los experimentados por los países

latinoamericanos en ese mismo periodo de tiempo, aunque no significa un desconocimiento del nefasto papel de las empresas y corporaciones transnacionales en las economías de los países de la región, ni la situación de países como Brasil que por el tamaño de su economía podrían tener otras prioridades.²⁶

Otro elemento digno de consideración es el que se refiere a los idiomas. Las barreras idiomáticas y lingüísticas en Latinoamérica prácticamente son inexistentes y podría ser una importante circunstancia regional unificadora que eliminaría los elementos diferenciadores en cuanto a la interpretación de los convenios y acuerdos internacionales, por mencionar uno de los importantes factores de disenso. El idioma español y el portugués tienen una raíz común y el primero de ellos se habla en toda la región con ciertas excepciones. A diferencia de Europa, en donde casi cada uno de los países que la conforman tiene su propio idioma oficial y varios idiomas de carácter regional, en materia de redacción, interpretación y aplicación de la normativa internacional han presentado grandes dificultades a veces muy difíciles de superar.²⁷

Sin embargo la recepción que Latinoamérica ha hecho de la normativa internacional relacionada con la responsabilidad penal de las personas

26 Pinheiro Guimarães Samuel La Unión Europea y el fin del Mercosur. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zUvwIw_EnZYJ:rcci.net/globalizacion/2015/fg2104.htm+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=ec. Última consulta el 25 de febrero del 2015, 11h58

“...la economía brasileña que se caracteriza hoy por cuatro hechos principales: la estrategia de los países desarrollados de procurar salir de la crisis a través de políticas agresivas de apertura de mercados en terceros países, de protección de su producción interna y de manipulación cambiaria, que devalúa sus monedas; la política china de expansión de sus exportaciones de productos industriales y de apertura de mercados para sus productos y para sus inversiones, en especial para la producción de commodities (materias primas); la importancia del comercio interempresa que llega a alcanzar el 60% del comercio mundial, lo que vuelve limitado y bastante retórico el concepto de libre comercio; la presencia avasallante de megaempresas multinacionales, y de empresas extranjeras de menor porte en la economía brasileña, no sólo en el sector industrial, sino crecientemente en el sector de servicios, tales como educación y salud”.

27 Bacigalupo Enrique. *El Derecho y la integración*. <http://derechopenalmarginal.blogspot.com/2016/02/el-derecho-y-la-integracion-economica.html>. Última consulta: 13 de febrero del 2016, 10h09.

jurídicas ha seguido un camino muy particular porque no se ha constatado que este tema sea una fuente de preocupación regional expresada en conferencias o foros internacionales o en los organismos regionales como la OEA, Mercosur o CELAC. Más bien la iniciativa ha provenido de los organismos internacionales creados a partir de las convenciones internacionales sobre temas puntuales y precisos como es la lucha contra la corrupción y el lavado de activos, por mencionar algunos, tratados más desde la perspectiva de control sobre las empresas extranjeras transnacionales involucradas en este tipo de actividades que sobre las empresas nacionales o regionales sobre cuya actividad se ha tejido un manto de impunidad y de indiferencia que en la actualidad tiende a revertirse por un cambio de orientación de la política criminal.

En este sentido, nuestra reflexión primero se concentrará sobre los organismos regionales de integración y luego analizaremos los convenios internacionales de carácter regional en materias puntuales que han sido evocados por los proceso de reforma penal en varios países.

La Organización Estados Americanos OEA, los Convenios regionales y la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La OEA es una entidad de carácter público con personalidad jurídica constituida por medio de una decisión libre y soberana de los estados parte por medio de un tratado constitutivo internacional en el mismo que están estipulados claramente los fines que persigue. El instrumento constitutivo es la Carta de la OEA la misma que fue aprobada en la Novena conferencia Internacional americana celebrada en la ciudad de Bogotá en 1948. Hasta la presente fecha se han realizado cuatro reformas. En ella se encuentran descritos los principios y objetivos que inspiran a la organización así como también la estructura y las funciones de los principales órganos que integran la OEA. Inicialmente estaba conformada por 21 países²⁸ y hoy cuenta con la adhesión de 34 países miembros.

²⁸ La Organización de Estados Americanos es considerado como el organismo regional más antiguo del mundo. Tiene su antecedente en la Primera Conferencia Internacional

Entre sus órganos principales se encuentran la Asamblea General, el Consejo Directivo, el Consejo Permanente, El Secretario General y la Secretaría General de la OEA. Existen otros órganos subsidiarios, algunos con personalidad jurídica y con autonomía, como el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, sus seis Organismos Especializados, las Conferencias Especializadas, y las otras entidades y organismos creados por la Asamblea General, todos ellos creados para la consecución de los fines de la Organización, como la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD); el Comité Interamericano Contra el Terrorismo (CICTE); la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones; la Junta de Auditores Externos; el Tribunal Administrativo, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas; la Agencia Interamericana, para la Cooperación y el Desarrollo, y las Comisiones Interamericanas sobre Puertos, Ciencia y Tecnología, Desarrollo Social y Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente.²⁹

La OEA es una organización internacional integrada como organismo regional dentro del sistema de Naciones Unidas que tiene como principales objetivos el asegurar la paz y la seguridad, promover la democracia y proteger los derechos y libertades fundamentales en el continente americano.

–Funciones de sus organismos principales

Realicemos un resumen de los órganos y funciones de los principales de la Organización de Estados Americanos.³⁰

Americana, celebrada en Washington, Estados Unidos, de octubre de 1889 a abril de 1890, en la que se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas cuyo entramado posterior conformaría en denominado sistema interamericano.

²⁹ Berenson William. La estructura de la Organización de los Estados Americanos: una reseña. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YXJkCtCJEA4J:www.oas.org/legal/spanish/ESTRUCTURA_DE_LA_OEA_Junio_2013.doc+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec. Última consulta el 3 de marzo del 2016, 6h30.

³⁰ Resumen tomado de una publicación del Departamento de Derecho. Área de derecho

1.- Asamblea General: órgano supremo de la OEA. Tienen las siguientes atribuciones:

- a) Decidir la acción y la política generales de la Organización, determinar la estructura y funciones de sus órganos y considerar cualquier asunto relativo a la convivencia de los Estados americanos;
- b) Dictar disposiciones para la coordinación de las actividades de los órganos, organismos y entidades de la Organización entre sí, y de estas actividades con las de las otras instituciones del sistema interamericano;
- c) Robustecer y armonizar la cooperación con las Naciones Unidas y sus organismos especializados;
- d) Propiciar la colaboración, especialmente en los campos económico, social y cultural, con otras organizaciones internacionales que persigan propósitos análogos a los de la Organización de los Estados Americanos;
- e) Aprobar el programa-presupuesto de la Organización y fijar las cuotas de los Estados miembros;
- f) Considerar los informes de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y las observaciones y recomendaciones que, con respecto a los informes que deben presentar los demás órganos y entidades, le eleve el Consejo Permanente, de conformidad con lo establecido en el párrafo f) del artículo 91, así como los informes de cualquier órgano que la propia Asamblea General requiera;
- g) Adoptar las normas generales que deben regir el funcionamiento de la Secretaría General.
- h) Aprobar su reglamento y, por dos tercios de los votos, su temario.

2.- Reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores: compuesto por todos los ministros de asuntos exteriores de los Estados miembros, tiene como finalidad considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados miembros.

constitucional. Universitat Pompeu Fabra. Procesos de integración en América Latina. <http://www.upf.edu/integracionenamerica/mapa/>. Última consulta 13 de marzo del 2016, 6h50.

3- Consejo Permanente: integrado por un representante de cada Estado miembro con rango de embajador, tiene principal mantener las relaciones de amistad entre los Estados miembros y solucionar pacíficamente cualquier controversia. Además, desempeña entre otras las siguientes funciones:

- a) Ejecutar aquellas decisiones de la Asamblea General o de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores cuyo cumplimiento no haya sido encomendado a ninguna otra entidad;
- b) Velar por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General y, cuando la Asamblea General no estuviere reunida, adoptar las disposiciones de índole reglamentaria que habiliten a la Secretaría General para cumplir sus funciones administrativas;
- c) Actuar como Comisión Preparatoria de la Asamblea General en las condiciones determinadas por el artículo 60 de la Carta, a menos que la Asamblea General lo decida en forma distinta;
- d) Preparar, a petición de los Estados miembros, y con la cooperación de los órganos apropiados de la Organización, proyectos de acuerdos para promover y facilitar la colaboración entre la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas o entre la Organización y otros organismos americanos de reconocida autoridad internacional. Estos proyectos serán sometidos a la aprobación de la Asamblea General;
- e) Formular recomendaciones a la Asamblea General sobre el funcionamiento de la Organización y la coordinación de sus órganos subsidiarios, organismos y comisiones;
- f) Considerar los informes del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, del Comité Jurídico Interamericano, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Secretaría General, de los organismos y conferencias especializados y de los demás órganos y entidades, y presentar a la Asamblea General las observaciones y recomendaciones que estime del caso, y
- g) Ejercer las demás atribuciones que le señala la Carta.

4- Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral: Tiene como finalidad promover la cooperación entre los Estados americanos con el propósito de lograr su desarrollo integral, y en particular para contribuir a la eliminación de la pobreza crítica. En especial, ejerce las siguientes funciones principales:

- a) Formular y recomendar a la Asamblea General el plan estratégico que articule las políticas, los programas y las medidas de acción en materia de cooperación para el desarrollo integral, en el marco de la política general y las prioridades definidas por la Asamblea General.
- b) Promover, coordinar y responsabilizar de la ejecución de programas y proyectos de desarrollo a los órganos subsidiarios y organismos correspondientes, con base en las prioridades determinadas por los Estados miembros, en áreas tales como:
 - Desarrollo económico y social, incluyendo el comercio, el turismo, la integración y el medio ambiente;
 - Mejoramiento y extensión de la educación a todos los niveles y la promoción de la investigación científica y tecnológica, a través de la cooperación técnica, así como el apoyo a las actividades del área cultural, y
 - Fortalecimiento de la conciencia cívica de los pueblos americanos, como uno de los fundamentos del ejercicio efectivo de la democracia y la observancia de los derechos y deberes de la persona humana.
- c) Establecer relaciones de cooperación con los órganos correspondientes de las Naciones Unidas y con otras entidades nacionales e internacionales, especialmente en lo referente a la coordinación de los programas interamericanos de cooperación técnica.
- d) Evaluar periódicamente las actividades de cooperación para el desarrollo integral, en cuanto a su desempeño en la consecución de las políticas, los programas y proyectos, en términos de su impacto, eficacia, eficiencia, aplicación de recursos, y de la calidad, entre otros, de los servicios de cooperación técnica prestados, e informar a la Asamblea General.

5- Comité Jurídico Interamericano: Es un cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promueve el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudia los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del continente y la posibilitar procesos de armonización legislativa.

6.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos: tiene la finalidad de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia. Tiene relación directa con la Corte Interamericana, en el apartado relativo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

7.- Secretaría General: órgano central y permanente de la OEA, su secretario general es elegido por un periodo de 5 años por la Asamblea General. Algunas de sus funciones principales son las siguientes:

- a) Asesorar a los otros órganos, según corresponda, en la preparación de los temarios y reglamentos;
- b) Servir de depositaria de los tratados y acuerdos interamericanos, así como de los instrumentos de ratificación de los mismos;
- c) Establecer relaciones de cooperación, de acuerdo con lo que resuelva la Asamblea General o los consejos, con los Organismos Especializados y otros organismos nacionales e internacionales.

8.- Conferencias Especializadas: reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana, y se celebran cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los consejos u Organismos Especializados.

9.- Organismos Especializados y otras entidades: se consideran como Organismos Especializados Interamericanos, para los efectos de esta Carta, los organismos intergubernamentales establecidos por

acuerdos multilaterales que tengan determinadas funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos.³¹

La OEA tiene a su haber la utilización de cuatro pilares, relacionados entre sí, para cumplir con sus finalidades: democracia, derechos humanos, seguridad y desarrollo. Las estrategias de coordinación y sustentación recíproca entre ellas es la utilización diálogo político, la inclusión, la cooperación e instrumentos jurídicos y de seguimiento.

—La corrupción como factor dinamizador de la legislación regional impulsada por la OEA

La globalización como fenómeno socio económico también tiene su ámbito de influencia en el continente americano evidenciado por una serie de políticas adoptadas por exigencias de los organismos internacionales de crédito o simplemente como condicionamientos cumplidos para el acceso a mercados más amplios dentro de los procesos bilaterales o multilaterales de comercio e integración. Procesos de privatización de las empresas y servicios públicos, desregulación y eliminación del control de capitales y las inversiones directas, los avances tecnológicos en los bienes de capital y en las tecnologías de la información, circulación libre de los recursos y transacciones bancarias, eliminación de barreras arancelarias, ha generado el agravamiento del fenómeno de la corrupción a escalas no imaginadas antes. Esta estructura de la moderna economía mundial a gran escala viabiliza los pagos y la circulación de capitales de origen ilícito y delictuoso en los que la empresa

³¹ Estas instituciones son: Organización Panamericana de la Salud; Instituto Interamericano del Niño, de la Niña y Adolescentes; Comisión Interamericana de Mujeres; Instituto Panamericano de Geografía e Historia; Instituto indigenista Interamericano; Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura; Comité Interamericano para la Reducción de Desastres Naturales; Centro de Estudios de Justicia de las Américas; Tribunal Administrativo Fundación Panamericana para el Desarrollo; Junta de Auditores Externos; Junta Interamericana de Defensa; Oficina del Inspector General; Comisión de Selección de Becas para Estudios Académicos y Técnicos; Comisión Interamericana de Telecomunicaciones; Comisión Interamericana de Puertos; Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas; Comité Interamericano contra el Terrorismo

privada y las personas jurídicas juegan un importante papel en este engranaje de corrupción global.³²

Los efectos perniciosos en la economía de los países considerados en forma individual y como parte de una región han sido avizorados por los organismos internacionales que frente a la complejidad del fenómeno y de la dificultad de individualizar a los autores han desarrollado una serie de iniciativas de carácter global para volver eficiente una eficiente política punitiva anticorrupción orientadas a la investigación para prevenir y castigar prevenir, investigar y penar el lavado de activos que tengan origen ilícito.³³

Los esfuerzos Internacionales en la lucha contra la corrupción requirieron nuevas iniciativas que terminaron creando un nuevo paradigma de las relaciones internacionales y en las relaciones gobierno y empresa privada que abrió las puertas a la firma de acuerdos internacionales contra la corrupción como es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción en 1996 y la Convención de la OCDE contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales en 1997, acuerdo que ya lo mencionamos anteriormente, que junto con otras iniciativas comentadas culminó con la Resolución N. 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 31 de octubre de 2003, suscrita en Mérida, México.

32 Rebossio Alejandro. Casos de fraude en siete de cada diez empresas en Latinoamérica. Al comentar la elaboración de un informe del ranking de Transparencia Internacional sobre los países "...cuyas empresas más sobornaban cuando hacían negocios en el exterior (de un total de 28 países, México se encontraba entre los peores, en el puesto 26°; Argentina, 23° y Brasil, 14°). Hoy veamos el reciente informe de la agencia privada de investigación Kroll sobre fraude corporativo en el mundo...". <http://blogs.elpais.com/eco-americano/201112/siete-de-cada-diez-empresas-en-latinoam%C3%A9rica-dicen-que-sufrieron-fraudes.html>. Consulta última el 16 de marzo del 2016, 19h32.

33 En este sentido el inciso cuarto y quinto del Preámbulo de la Convención Interamericana Contra La Corrupción fundamenta el acuerdo sobre la base de que existe un convencimiento de que "... el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social; ...la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;..."

—Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)

Fue producto de la conferencia Especializada convocada por la Organización de Estados Americanos realizada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, Nótese que no es consecuencia de la Convención contra la corrupción de las Naciones Unidas del 2003 lo que quiere decir que los estados americanos ya reconocieron la trascendencia internacional del fenómeno de la corrupción como para anticipar a la comunidad internacional la necesidad una cooperación eficaz.³⁴

El punto en esta parte de nuestro estudio es verificar si esta Convención contiene, sino una conminación directa dirigida al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al menos indicios de que nos permitan visualizar una posibilidad a futuro de reforma penal en este sentido, teniendo en cuenta que los objetivos de la Convención son el promover y fortalecer el desarrollo de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

1.- No se refiere exclusivamente a las medidas de orden penal y procesal penal. Más se refiere al desarrollo e implementación de medidas administrativas de control de las actividades de los funcionarios públicos para evitar actos de corrupción.

2.- Se respeta la potestad de la administración penal de cada estado ejercer su propia jurisdicción en relación con los delitos tipificados conforme a esta Convención.

³⁴ Rebossio Alejandro. Casos de fraude en siete de cada diez empresas en Latinoamérica. Ob.cit. "...Tres de cada cuatro empresas en Latinoamérica dijeron en una encuesta de Economist Intelligence Unit para Kroll que habían sufrido algún fraude corporativo en el último año (2010/2011). Se trata de una cifra superior a la de las compañías en Norteamérica (66%), Europa (7 %) y Medio Oriente (68%), similar a las del sudeste asiático, pero menor que las de China e India (84% cada una) y África (85%). Los principales delitos que padecen las firmas en Latinoamérica son el robo físico (25% de las encuestadas), la pérdida de información la corrupción(24%) y el fraude de proveedores y distribuidores (23% cada uno). Los sobornos no aparecen como problemas importantes en Norteamérica, Europa ni China, según la encuesta..."

3.- De acuerdo con el Artículo XI se define los actos de corrupción al cohecho activo y pasivo, la concusión, el peculado, el tráfico de influencias que se los define en la Convención.

4.- Los estados parte tienen la obligación de tipificar en sus legislaciones internas el delito de soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito, constantes en los artículos 8 y 9.

5.- De estos delitos, únicamente el soborno transnacional³⁵ contempla expresamente a las “empresas” como sujetos activos del delito, lo que nos permite deducir que la normativa del convenio anticorrupción reconoce la potencialidad que esta práctica de ofrecer dineros, bienes o favores a los funcionarios públicos es un “delito” que puede ser cometido por una persona jurídica. No habla de infracciones administrativas que puedan ser impuestas por la respectiva autoridad de este ramo. Es claro el imperativo de la Convención en relación con los términos delito-empresa, cuando determina que “...A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas...”.³⁶

35 Artículo VIII. Soborno transnacional. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

36 Artículo XI. “...Desarrollo progresivo. 1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:...”

En relación con las otras infracciones, que en nuestra legislación ecuatoriana la conocemos como delitos en contra de la administración del Estado, no existe una referencia directa de la empresa como sujeto activo. Sin embargo, las mismas razones jurídicas que tuvo el legislador internacional para introducir la posibilidad de responsabilidad penal de las personas morales en los delitos de soborno transnacional la tendría el legislador nacional para la complementación típica de los delitos de cohecho, concusión, peculado y enriquecimiento ilícito en el que participan las personas jurídicas. De hecho con la reforma penal ecuatoriana mediatizada con el código Orgánico Integral Penal expedido el 10 de febrero del 2014 se introduce la responsabilidad corporativa en delitos económicos acogiendo la recomendación y la exigencia de las Convenciones en contra de la corrupción.

De acuerdo con el trabajo realizado por Silvina Bacigalupo³⁷ la tipificación obligatoria de delitos derivados de los Convenios internacionales contra la corrupción incluyen de forma más o menos similar los siguientes delitos de obligada inclusión en la legislación penal:

- Soborno activo/pasivo de funcionarios públicos nacionales.
- Soborno activo de funcionarios públicos extranjeros.
- Soborno en el sector privado (corrupción entre particulares).
- Malversación de fondos, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes públicos.
- Blanqueo de capitales.

A parte de la tipificación obligatoria se encuentran las convenciones que establecen una tipificación facultativa de delitos vinculados a con-

³⁷ Bacigalupo S, Lizcano J. *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Colección de estudios N.1 , Serie: Análisis, Área Institucionalidad Democrática. Programa para la cohesión social en América Latina. Cyan. Proyectos Editoriales S.A. Madrid.2013.

ductas de corrupción que se asocian con los anteriores pero que se los incluye bajo la pretensión de cumplir un alto estándar de prevención. Estos delitos son:

- Soborno pasivo de funcionarios públicos extranjeros, que debería incluir también a los pequeños pagos de facilitación que se indica en el propio Convenio OCDE.
- Tráfico de influencias.
- Abusos de funciones o del cargo.
- Enriquecimiento ilícito.
- Inveracidad en cuentas anuales.
- Financiación de partidos políticos.

A manera de resumen, tanto la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y las Naciones Unidas (NNUU) (Se las enumera en ese orden en función cronológica de los instrumentos internacionales establecidos por aquellas organizaciones internacionales) han impulsado la firma de varios convenios "...en los que los Estados parte se comprometen y/o obligan a establecer normas específicas que regulan el soborno y la responsabilidad penal de las empresas las relaciones comerciales internacionales de las empresas a fin de proteger la transparencia, la libre competencia y evitar prácticas abusivas..."³⁸ Estas convenciones que fueron determinantes a la hora de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente en Latinoamérica, son la Convención Interamericana contra la corrupción, OEA (1996); el Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, OCDE (Paris, 1997) y la Convención de Naciones Unidas contra la co-

³⁸ Bacigalupo S, Lizcano J. *Op.cit.*, p. 22.

rrupción (2003), Res. 58/4, Asamblea General de la ONU a la que Europa se adhirió en el 2005 y entro en vigencia en el año 2008.³⁹ En estos acuerdos internacionales constan recomendaciones expresas para establecer medidas “eficaces, disuasorias y preventivas” como consecuencia de un régimen punitivo para las personas jurídicas respetando los principios particulares de carácter legal y constitucional que cada país tenga establecido para tal empresa.

Como conclusión final podemos afirmar que, luego del análisis de estas convenciones internacionales y regionales, se constata que lastimosamente no es un imperativo directo la exigencia de la norma internacional para la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones penales de los países miembros. Las sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas es una expresión que busca asociar el éxito de un derecho sancionador o punitivo con la lucha emprendida por la comunidad internacional contra la corrupción dentro del marco general del enfrentamiento al crimen organizado. No es solo la represión el norte político de estas convenciones sino también la adopción obligatoria de ciertos estándares de conducta por parte de las empresas y personas jurídicas para legitimar sus actividades comerciales con el mercado nacional e internacional. De tal forma que, como ya habíamos hecho referencia antes, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y las mismas Naciones Unidas (NNUU) han impulsado la firma de convenios y tratados en contra de la corrupción para lograr relaciones comerciales en las que el papel de las personas jurídicas, como actores destinados a lograr procesos de cooperación e integración transparentes, es cada vez más preponderante.⁴⁰

39 Ibid.

40 José Miguel Iinsulza, ex Secretario general de la OEA decía en su discurso de apertura de la Tercera Reunión de la Conferencia de los Estados parte del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención interamericana contra la corrupción (MESICIC) realizada en Brasilia, Brasil, 9 de Diciembre de 2010 “... Todo lo anterior muestra que hemos venido dando pasos concretos y útiles para fortalecer la cooperación contra la corrupción y así lo están percibiendo los ciudadanos. De acuerdo con el Informe Latinobarómetro 2007, la corrupción era considerada uno de los cuatro principales problemas que enfrentan los países de la región, junto con el desempleo, la de-

En el ámbito de los países del Mercosur

– Formas de homogenización legislativa

La necesidad de un derecho penal comunitario o regional, unificado es una necesidad que viene acorde con el proceso de integración regional que está experimentando Latinoamérica para afrontar con más seguridad los retos que plantea el proceso de globalización económica, monetaria y tecnológica que experimenta el mundo. Una respuesta punitiva homogénea en los países de la región le permitiría enfrentar con márgenes aceptables de eficiencia y efectividad el fenómeno de la creciente criminalidad transnacional que ya no es ajena a las dinámicas comerciales en los que se han involucrado estos países.

El Código Penal tipo para Latinoamérica⁴¹ y el Código Procesal Penal Modelo⁴² para Iberoamérica es una muestra de que es posible, con es-

lincuencia y el funcionamiento de la economía...". Ver más en http://www.oas.org/juridico/cepIII_sg_anex1.pdf. Última consulta 17 de marzo del 2016, 20h33.

41 Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época - Vol. VII- Año 1967 - N° 7 http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_articulo/0,1361,SCID%253D11257%2526ISID%253D78,00.html. Informe. "... La idea de reunir a los juristas latinoamericanos para elaborar un proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica, tiene su origen en el acuerdo adoptado por el Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, en su sesión del 8 de octubre de 1962...". Fue redactado luego de varias reuniones con penalistas de toda Latinoamérica. La Primera Reunión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. (Santiago de Chile, 4 al 16 de octubre de 1963). La Segunda Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. (Ciudad de México del 19 al 23 de octubre de 1965). La Tercera Reunida Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. (Lima, 3 al 15 de abril de 1967). En esta sesión de trabajo se acordó por unanimidad realizar la Cuarta Reunión Plenaria en Caracas en julio de 1968 en la que se estima terminar con el examen de los temas pertenecientes a la Parte General e iniciarse con los de la Parte Especial. Según esta revista "... En la actualidad se cuenta con varios documentos informativos de carácter general sobre la labor desempeñada por la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Entre ellos cabe mencionar el resumen de las sesiones de la Reunión de Santiago aparecido en "Criminalia" (México), año 31, N° 5; el informe sobre la Reunión de México aparecido en la Revista de Ciencias Penales (Chile), Tomo 25, N° 1 y las actas completas de la Reunión de México, publicadas por la Comisión Mexicana. Respecto de la Reunión de Lima, fuera de este informe y el que aparecerá en la Revista de Ciencias Penales (Chile), Tomo XXVI, N° 1, se proyecta también publicar sus actas completas, tarea a cargo de la Comisión Peruana...".

42 Detrás de este proyecto estuvo el jurista español Don Niceto Alcalá Zamora y Castillo,

fuerzas adicionales, iniciar procesos de homologación legislativa en los que dependiendo del nivel de acercamiento puedan dar lugar a sistemas de cooperación, armonización o unificación legal.

Los procesos de cooperación buscan la coordinación de políticas comunes de carácter policial, judicial, ministerial, entre los Estados parte con el objetivo de enfrentar con éxito problemas comunes que pierden efectividad si trabajan aisladamente. No busca armonización legislativa ni espacios comunes de integración, peor aún acuerdos de cesión de soberanía estatal, sino más bien el auxilio o la asistencia recíproca de otros países en los campos jurídicos, penales y administrativos.

Los procesos de unificación implican un avance de integración más profundo. En estos existe una tendencia a la unificación legislativa en donde prevalece un solo ordenamiento legal para los países implicados sin que prevalezca ni sobrevivan las normas nacionales objeto de los procesos de unificación.

El camino de la unificación es "...el peldaño más alto de la integración, se encuentran los procesos de unificación, es decir, los sistemas donde todo se funde en uno solo y desaparecen las diferencias entre temáticas que son su objeto. Se adopta una única normativa, mediante una autoridad común, que se aplica en todos los Estados miembros de manera uniforme y generalmente vertical. Los sectores unificados suelen contar con una autoridad que velan por la aplicación correcta de la normativa unificada y sanciona su incumplimiento. En el ámbito penal podría encontrar su expresión, por ejemplo, en la instauración de un cuerpo de normas comunes, por parte de un órgano supranacional, que gocen de primacía y aplicación directa en los Estados miembros..."⁴³

un exiliado de la época de Franco. Este señor fue el primer presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Pena que es una organización no pública entre cuyos miembros se encuentran ilustres procesalistas de Latinoamérica, España y Portugal, con el objeto de construir un proceso de unificación legislativa a nivel iberoamericano. Su labor se inició en el año de 1957.

43 Bernardi Alessandro. Hacia un proyecto de Derecho Penal del Mercosur a partir de la experiencia de armonización del Derecho Penal de la Unión Europea. Dottorato di ricerca in "comparazione giuridica e storico giuridica" curriculum comparazione e sis-

Un faceta más avanzada en materia de integración constituyen los procesos de armonización de las legislaciones nacionales mediante técnicas de aproximación jurídica en la adopción de normativas comunes que deben ser traspasadas a los ordenamientos de cada uno de los estados miembros para que la adapten a sus orden interno sin que pierdan la esencia y los objetivos de la misma. La armonización legislativa es una consecuencia natural de los procesos de integración porque sin esta institución los objetivos de integración comercial regional jamás alcanzarían las metas de mutuo beneficio que persiguen sus miembros. Se ha evidenciado que la delincuencia internacional y transnacional va de la mano con los procesos de globalización lo que su tratamiento implica no solo esfuerzos conjuntos de combate al menor desarrollo sino esfuerzos igual de conjuntos para combatir las amenazas que impiden o desnaturalizan la integración. La armonización es la antesala de la unificación legislativa dependiendo de la velocidad que las políticas de integración animen a los países a buscar tratamientos iguales a fenómenos delictivos semejantes.

—Mercosur y la necesidad de una armonización legislativa en materia penal

Siendo Latinoamérica un espacio en donde las coincidencias culturales, idiomáticas, raciales y económicas tienen más puntos de convergencia que de divergencias, el Mercosur aparece como el más serio esfuerzo de integración realizado hasta nuestros días y que ha sembrado la esperanza de una unificación a futuro con grandes posibilidades de éxito dados los resultados conseguidos hasta la actualidad. El Tratado de Asunción firmado en 1991 crea el Mercado Común del Sur, MERCOSUR⁴⁴ y más que una unión aduanera pretende un mercado común con

tema penale comunitario ciclo xxv coordinatore prof. Daniele Negri. Università degli Studi di Ferrara. p. 7

44 El MERCOSUR tiene un PBI de 3.324.501 millones de dólares. Cubre un territorio de casi 14 millones de kilómetros cuadrados y cuenta con más de 276 millones de habitantes (cerca del 70% de América del Sur). Siete de cada diez sudamericanos son ciudadanos del MERCOSUR. Por otro lado, el MERCOSUR se constituye como el área económica y plataforma industrial, más dinámica, competitiva y desarrollada de Latinoamérica. Está considerado como el cuarto bloque económico del mundo, en impor-

el aditivo integracionista de carácter socio político y cultural. Inicialmente fueron los países fundadores Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay a los cuales se han sumado Bolivia y Venezuela, constituyéndose un bloque económico considerado como la cuarta economía mundial. A ellos se incluyen en calidad de países asociados Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Guyana y Surinam. El objetivo es concretar acuerdos para el libre intercambio comercial dadas las posibilidades de crecimiento que han desatado los procesos de globalización y los avances tecnológicos acelerados.

Con el Protocolo de Ouro Preto (POP) de 1994 experimenta un cambio importante en su estructura contando actualmente con un Consejo del Mercado Común, un Grupo del Mercado Común, una Comisión de Comercio, una Comisión Parlamentaria Conjunta, un Foro Consultivo Económico y Social y una Secretaría Administrativa. Los dos primeros organismos están facultados por el tratado para dictar normas en el marco de sus competencias las mismas que tienen el carácter de obligatorias para todos los estados partes; decisiones el Consejo y resoluciones el Grupo.

tancia y volumen de negocios, y la quinta economía mundial, si se considera el PBI nominal producido por todo el bloque, cfr. http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4657/1/folleto_institucional_septiembre. Tiene un comercio intrapaises del mercosur que alcanza la cantidad de 62.694 mil millones de dólares. Tiene un intercambio comérciela con el resto del mundo por 742.810 mil millones de dólares. El MERCOSUR es una potencia agrícola. Cabe destacar su capacidad de producción de los cinco principales cultivos alimentarios globales (trigo, maíz, soja, azúcar y arroz). El MERCOSUR es el mayor exportador neto mundial de azúcar, el mayor productor y exportador mundial de soja, 1er productor y 2º mayor exportador mundial de carne bovina. El bloque pasa a detentar el 19,6% de las reservas probadas de petróleo del mundo, el 3,1 % de las reservas de gas natural y el 16% de las reservas de gas recuperables de esquisto, 4to productor mundial de vino, 9no productor mundial de arroz, además de ser un gran productor e importador de trigo y maíz. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KUL8OW7gK8J:agenciabrasil.ebc.com.br/sites/_agenciabrasil/files/El%2520MERCOSUR%2520en%2520cifras.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec ultima consulta el 5 de marzo del 2016.

Debe tenerse en cuenta que estos procesos no suelen darse en forma pura sino que suelen mezclar muchas veces sus características.

De estos organismos la Comisión Parlamentaria Conjunta, institución representativa de los parlamentos de los países miembros, se encarga de velar por la internación de las normas jurídicas comunitarias. Sin embargo, el Protocolo de Brasilia de 1991, su reglamento (Mercosur/CMC/DEC. 17/98) y el Protocolo de Olivos del 2002, que modifica el procedimiento de solución de controversias, explora en forma concreta la necesidad de otorgarle a la estructura comunitario de un régimen jurídico que ofrezca mayores niveles de seguridad jurídica.

La configuración integracional adoptada por el Mercosur, de acuerdo al Art. 2 de su estatuto, tienen estructura subregional intergubernamental y no supra gubernamental, lo que niega la posibilidad de producción directa de normas de cumplimiento obligatorio para los países miembros. Sin embargo la producción de éstas por parte de los diferentes estamentos comunitarios han permitido avizorar amplias posibilidades de introducir normativas en materia penal relacionadas con los problemas que el intercambio comercial genera en la dinámica de la integración. El mecanismo de la cooperación para lograr los objetivos de la integración ha abierto las posibilidades de armonizar las legislaciones internas frente a los sucesos delictivos propios del tráfico comercial intrarregional y de peligrosos fenómenos transfronterizos a los que las soluciones planteadas por sus ordenamientos internos no han podido alcanzar soluciones satisfactorias.

No podemos dejar de mencionar que de acuerdo con el Art. 4 del Protocolo de Ouro Preto Las fuentes jurídicas del Mercosur son en primer lugar el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; en segundo lugar, los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; y en tercer lugar, las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción. El artículo 42 establece que las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 (Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur)

de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país. De aquí se deduce que existe una normativa comunitaria directa y la derivada de los organismos creados por los tratados constitutivos del MERCOSUR.

Las normas derivadas emanadas por los órganos del Mercosur tienen la finalidad de poner en práctica las normas del derecho comunitario original o directo que no son operativas y deben ser incorporadas a la legislación interna de cada país.

El régimen comunitario del Mercado Común del Sur, MERCOSUR, y la posibilidad de establecer formas de responsabilidad penal para la persona jurídica

Las estrategias seguidas por la comunidad regional de países latinoamericanos, en el caso concreto del Mercosur, para adoptar e implementar modelos de responsabilidad penal corporativa utilizan mecanismos que van desde la producción de normas penas en forma directa por los organismos comunitarios hasta mecanismos indirectos que abordan el tema de responsabilidad penal como son la armonización de leyes, la cooperación entre países, así como la homogenización en la definición de las infracciones penales y los órganos encargados de aplicarlas.

—La normativa comunitaria suprarregional directa de la responsabilidad de las personas jurídicas

El régimen comunitario del MERCOSUR no es un complejo abierto en el que los organismos internos de esta estructura se constituyan en fuentes directas de penalización, dentro del marco comercial, para las personas naturales o jurídicas. La producción y creación de leyes punitivas que tipifiquen conductas penales o administrativas, pensadas en un contexto macro de política criminal regional, permanecen dentro

de la esfera exclusiva de las competencias de cada estado parte constituyéndose un obstáculo, hasta cierto punto infranqueable, la heterogeneidad de los diferentes ordenamientos jurídicos y el relativo desarrollo económico comparativo entre los socios comunitarios.

La pregunta que Daniel Cesano⁴⁵ se realiza sobre si es posible que a través de los instrumentos legales de integración del MERCOSUR se pueda establecer un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas está vigente. Una respuesta anticipada podría ser aquella que cae bajo la sospecha fundada de que esta vía constituye un mecanismo no muy claro ni específico dadas ciertas condiciones jurídicas como las mencionadas a las que se suman estructuras garantistas constitucionales de la culpabilidad diferentes.

Uno de los comités técnicos creados dentro del seno de la comisión de Comercio del Mercosur analizó las discordancias en los ordenamientos nacionales del tratamiento dado al tema de la Defensa de la competencia sugiriendo la necesidad de una armonización vía la firma de un Protocolo, aspecto que cubierto con la suscripción en Diciembre de 1996 en la ciudad de Fortaleza del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur.

Este Protocolo tienen como finalidad la defensa de la competencia en los países del Mercosur (Art.1) para cuyo efecto se aplican a todos los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes (Art.4), excluyendo de esta potestad a las empresas que son monopolio estatal. De esta forma los países miembros “adoptaran” dentro del plazo de dos años, normas comunes para el control de los actos y contratos, de cualquier

45 Cesano Daniel. La responsabilidad penal de la persona jurídica en los artículos 2 y 3 del Protocolo de Defensa de la competencia del Mercosur: un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional. En *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Coordinador Luis Miguel Reina. ARA Editores EIRL. Perú. 2005. pp. 533 a 550.

forma manifestados, que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en dominio del mercado regional relevante de bienes y servicios, inclusive aquéllos que resulten en concentración económica, con vistas a prevenir sus posibles efectos anti-competitivos en el ámbito del MERCOSUR (Art.7).

El órgano encargado de procesar a las personas naturales y jurídicas que incurran en las prohibiciones del Art. 6 es el Comité de Defensa de la Competencia, órgano comunitario supra nacional, que tiene su representación en cada país. No deja que sea la normativa interna de cada estado la que se encargue del procesamiento y de la sanción, sino que es el propio órgano comunitario el encargado del juzgamiento. Es evidente que las normas del protocolo no se refieren a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en forma directa aunque podríamos afirmar que abre o deja abierta la posibilidad de que el ámbito de protección de este instrumento internacional comunitario abarque infracciones de carácter penal.

La imposición de sanciones a través de multas a las personas jurídicas o naturales y la prohibición de participar en los regímenes de compras públicas, entre otras, las que serán ejecutadas por el órgano nacional competente de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora, (Art. 28), son indicativas de un sistema de penalidad administrativa comunitaria, similar a la que tiene la unión Europea en relación con el Art.15, 16 y 17 del Reglamento N. 17 del Consejo de la Comunidad Europea que regula las practicas concertadas de las empresas y que otorga facultades a la Comisión para la imposición de sanciones a las empresas o a las asociaciones de éstas. La frase "...las penalidades previstas en este artículo...", se refiere al Art. 28 numeral 2do del Protocolo, abre la posibilidad de entender que las sanciones impuestas se refieren a la imposición de penas consecuencia de un responsabilidad penal y no solo de una mera responsabilidad administrativa.⁴⁶

46 Cesano Daniel. Ob. cit., p. 547

Esta observación deja intacta, de lege ferenda, la posibilidad de introducir desde el marco legislativo comunitario un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en materia de defensa de la competencia, porque en otras materias ya existen regímenes de responsabilidad penal-administrativa que cada país ha adoptado en respuesta a sus propias urgencias político criminales.

El proceso de armonización legislativa en relación con los aspectos penales de la integración

El Art. 1 del Tratado de Asunción que da a luz al Mercado Común del Sur, MERCOSUR, tiene como objetivo la creación de un mercado común regional de libre circulación de bienes y servicios en toda la región sin restricciones a la libre circulación comercial para lo cual los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.

Pero el tráfico mercantil en la subregión reproduce aspectos que tienen relación con el desconocimiento de las normas, el incumplimiento de la ley y la comisión de infracciones que son propios del derecho penal, sin contar con el surgimiento de un nuevo fenómeno que viene aparejado con los procesos de integración, como son, los delitos transnacionales y transfronterizos que buscan soluciones jurídico-penales más allá de las previstas en las legislaciones internas.

El enfrentamiento a esta nueva realidad requiere un esfuerzo adicional de parte de los países miembros del MERCOSUR puesto que las respuestas punitivas no pueden estar demasiado separadas, distanciadas o diferenciadas en las legislaciones nacionales porque podría presentarse casos de impunidad abierta en unos países, y represión directa en otros, causando un desequilibrio al balance comercial que buscan estos mecanismos de integración.

Frente a la imposibilidad que tiene el Consejo del Mercado Común del MERCOSUR para producir normas penales que establezcan regímenes de punibilidad en materia de tráfico de drogas, trata de personas, e materia de competencia desleal, lavado de activos, tráfico de personas, contaminación ambiental, tráfico de armas, delincuencia transnacional organizada, la estrategia que ha seguido es la creación de una serie de mecanismos de cooperación y armonización legislativa en el ámbito regional.

El mismo artículo 1 del Tratado de Asunción busca que uno de los objetivos de la integración sea la armonización legislativa entre los países miembros para cuyo efecto incluso crearon la Comisión Parlamentaria Conjunta en el Protocolo de Ouro Preto como el organismo encargado de esta tarea. Esos lineamientos políticos criminales han estado presentes en varios acontecimientos celebrados entre autoridades gubernamentales del MERCOSUR, por ejemplo:

La Declaración de Brasilia del 17 de diciembre de 1991, punto 9, los presidentes de los estados partes del MERCOSUR proponen una armonización mundial de los delitos contra el medio ambiente.

En 1997 los presidentes de los estados del MERCOSUR conminan a sus ministros de justicia procurar una armonización penal de las legislaciones nacionales de los países del MERCOSUR y de los países asociados en todas las áreas de lucha contra el crimen organizado. Comunicado conjunto de los presidentes del Mercosur en Montevideo el 15 de diciembre de 1997.

Los puntos 9 y 14 del comunicado conjunto de los presidentes de los países del MERCOSUR, Bolivia y Chile, 15 de diciembre de 2000 proponen la implementación de políticas para combatir el racismo y la armonización de las legislaciones sobre armas de fuego.

Comunicado conjunto de los presidentes de los países del MERCOSUR en Montevideo en la ciudad de Asunción el 22 de junio del 2001 rea-

firman la política de reprimir el crimen organizado y su apoyo a las estrategias de prevención de la corrupción de la OEA y ratifican la importancia de las estrategias conjuntas en el combate al tráfico de vehículos y armas de fuego, puntos 6, 8 9, 13, 15 y 17.

Comunicado conjunto de los presidentes del Mercosur, Bolivia y Chile, III Reunión Extraordinaria, Buenos Aires, 18 de febrero del 2002, punto 4 en la que se proponen abordar la lucha contra el terrorismo internacional.

Protocolo de armonización de normas en materia de diseños industriales (CMC/DEC 698 en cuyo artículo 19 prevé que las legislaciones nacionales de cada país se comprometen a prever medidas judiciales efectivas y eficaces contra las infracciones a los derechos relativos a los diseños industriales en materia civil, penal y administrativa.

Comunicado conjunto de las presidentas y los presidentes de los estados partes del MERCOSUR y estados asociados, reunidos en la ciudad de Caracas, Venezuela, el día 29 de julio de 2014, con ocasión de la XLV Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común (CMC) que declaran la zona libre de trata de mujeres (7), cooperación en materia migratoria(6), interceptación ilegal o arbitraria de las comunicaciones o la recopilación ilegal o arbitraria de datos personales (11), materiales radiactivos (14). Armonización de las legislaciones nacionales para prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícito de armas (13).

En materia ambiental se ha trabajado a través de los grupos sectoriales de trabajo, dentro del Grupo de Mercado Común (GMC) (26) que termino en la emisión de un grupo de directrices contienen políticas de manejo ambiental que precisan ser incorporadas en los derechos internos de los Estados miembros. De acuerdo a un trabajo presentado por Matus "...Las resoluciones más importantes que ha dictado el GMC en materia ambiental se pueden agrupar en aquellas destinadas a armonizar legislaciones existentes y las que tiene como misión coordinar

políticas sectoriales. Entre las primeras podemos citar Res. N° 46/93 aprobando el Reglamento técnico MERCOSUR de aditivos aromatizantes/saborizantes, Res. N° 52/93 aprobando el Programa de MERCOSUR en Calidad y Productividad, Res. 23/94 sobre residuos plaguicidas en determinados productos agrícolas. Como ejemplo de las segundas, Res. N° 53/90 sobre la adopción del Código de conducta regional para la introducción y liberación del medio ambiente de agentes de control biológico, Res 10/94 adoptando directrices Básicas en materia de Política ambiental a propuesta de recomendación N° 1/94 de la REMA (128)...”⁴⁷

La emisión del Plan General de Cooperación y Coordinación recíproca para la Seguridad Regional. Nexo II-MERCOSUR/RMI/ACUERDO N. 14/99. En el que ratifican el estado de conciencia sobre cómo el fenómeno de la globalización y el proceso de integración regional han generado nuevas y desafiantes características en el accionar criminal, el que ha adquirido una creciente dimensión transnacional. Traducido en la aparición de organizaciones criminales relacionadas con el narcotráfico, terrorismo, lavado de activos, contrabando, tráfico de menores, robo / hurto de vehículos automotores, tráfico ilícito de material nuclear y/o radiactivo, migraciones clandestinas y con la depredación del medio ambiente, requieren de las fuerzas policiales y de seguridad del MERCOSUR realicen acciones conjuntas y coordinadas.

En la misma línea, los lineamientos coincidentes en los países del MERCOSUR se traducen en la adopción de una línea de política criminal que posibilitó el arranque de un proceso de profunda reforma al sistema penal en lo concerniente, en primer lugar, a la estructuración del proceso penal que trajo como consecuencia la adopción de sistemas garantistas con la reconfiguración de los Ministerios Públicos o Fiscalías más independientes en lo político y mejor capacitados frente a los retos de las nuevas formas de criminalidad que trajo consigo el proceso

⁴⁷ Matus J, Ramírez C, Castillo M. El delito ambiental en el Mercado Común del Sur. Informe sobre el derecho penal ambiental en el derecho comparado de tradición continental. En http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20111206_02.pdf ultima consulta el 28 de febrero del 2016, 18h57.

de globalización en América Latina, luego del paso por regímenes autoritarios y violadores de los derechos humanos que asoló la región del Mercosur en la década de los 70s y 80s. En segundo lugar, ya dentro del aspecto material, la adopción de sistemas orales acusatorios implementados por los sistemas penales trajo consigo un fortalecimiento de las garantías procesales y penales alineadas conforme las exigencias de los acuerdos regionales y mundiales sobre derechos humanos.

Procesos de cooperación

En materia de cooperación judicial y policial los esfuerzos en este sentido se han acelerado y multiplicado de manera significativa utilizando técnicas diversas y en temas igualmente diferentes. Los consensos más significativos en materia penal son los siguientes:

Decisión Mercosur /CMC/DEC.N 2/96. Protocolo de asistencia jurídica mutua en asunto penales. Tiene como finalidad la asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre las autoridades competentes de los Estados Partes dado que muchas actividades delictivas representan una grave amenaza y se manifiestan a través de modalidades criminales transnacionales respecto de las que frecuentemente las pruebas radican en diversos Estados. Sin esta cooperación los estados parte no pueden desplegar una política represiva de los delitos cometidos por estas organizaciones que operan en el marco de la integración y de las actividades económicas que genera en la región del MERCOSUR.

Otro acuerdo es el Acuerdo de Recife de 1993 para la Aplicación de Controles Integrados de Frontera (CMC/DEC 1/97) que establece una cooperación regional de las autoridades en materia aduanera y policial pero de manera mucho más ágil y efectiva.

El Acuerdo sobre extradición celebrado en río de Janeiro en noviembre de 1998(CMC/DEC 4/1898) que busca la cooperación para hacer de los trámites de extradición un proceso mucho más simple.

El Convenio de Cooperación entre los Cancos Centrales de los estados partes del Mercosur para la prevención y represión de maniobras tendientes a legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas (CMC/DEC 40/00) que pretende homogenizar los procedimientos para la detección de lavado de activos, intercambiar información y compartir experiencias en este campo.

Igualmente existen acuerdos y decisiones que buscan la cooperación entre los países del MERCOSUR en temas relacionados con materia de seguridad regional (CMC/DEC 05/97 y 06/97 que busca la unificación de bases policiales de información.

El Plan de Acción del Mercosur al combate de los ilícitos en el comercio internacional (CMC/DEC 03/01) que busca la creación de un banco de datos de comercio.

El plan general de cooperación y coordinación recíproca para la seguridad regional (CMC/DEC 22/99) orientado a elevar los niveles de seguridad frente a los hechos delictivos de carácter transnacional.

Como corolario a lo afirmado, se puede determinar que las políticas de armonización de las legislaciones nacionales se enmarcan dentro de un proceso en el que todos los paises entienden como necesario para llegar a la construcción de un mercado común en términos de igualdad en el desarrollo comercial en esta subregión. De manera similar los procesos de cooperación son instrumentos importantes y necesarios de los que han hecho uso los estados miembros para construir instrumentos que faciliten los procesos y la persecución penal con miras a la constitución de legislaciones armonizadas que viabilicen un tratamiento común e igualitario en relación con los delitos e infracciones penales producto del intercambio comercial, de los movimientos transfronterizos, de la delincuencia internacional y nacional y de los delitos cometido por personas jurídicas.

En lo que tiene que ver con la producción de normas penales directas por parte de los órganos comunitarios del MERCOSUR se mantiene cierta duda razonable en cuanto a considerar como sanciones penales o administrativas sancionatorias a las provenientes de las infracciones constantes en el Protocolo de Fortaleza o Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR (Mercosur CMC/DEC 18/96). El Artículo 2 establece que "...las reglas de este Protocolo se aplican a los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes...", actos que cubrirían el ámbito espacial del MERCOSUR porque a diferencia de las infracciones que afecten la libre competencia en el ámbito nacional éstas estas deberán ser tratadas exclusivamente por la legislación de cada estado parte.

Las infracciones están tipificadas en el Art. 4 del mismo protocolo, constituyéndose como tales, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados partes. La diferencia y el avance en este sentido, es que de acuerdo con el Art. 19 del protocolo el Comité de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta el dictamen emitido por el órgano nacional de aplicación, determinará las prácticas infractoras y establecerá las sanciones a ser impuestas o las demás medidas que correspondan al caso, las mismas que serán ejecutadas por órgano nacional de aplicación.

Con este procedimiento, al menos en materia de seguridad de transporte y defensa de la libre competencia, existe un espacio reservado para que en éste sea la legislación intergubernamental y las decisiones de organismos comunitarios del MERCOSUR los que determinen las conductas que constituyen infracción y las sanciones que deben impo-

nerse. Las infracciones y las sanciones no están determinadas en las legislaciones nacionales sino en el protocolo respectivo de carácter comunitario. Sin dudas existe al menos un mecanismo de producción normativa administrativa sancionatoria a las personas jurídicas manteniéndose la duda de si se trata de sanciones penales. De todas formas existe un proceso de determinación de responsabilidades en las que pueden estar en calidad de sujetos activos de la infracción empresas y personas jurídicas públicas y privadas. Estos instrumentos "...hasta aquí analizados no han querido calificar estas infracciones de penales, a pesar del hecho de que en algunos de los Estados partes ciertos comportamientos eran, en ese momento, sancionados con penas de prisión (hasta 6 años en Argentina en la ley derogada)...".⁴⁸

Lo mismo sucede con el Código Aduanero del Mercosur del 6 de Diciembre de 1994, firmado en la ciudad brasileña de Ouro Preto, por medio de la Decisión CMC N° 25/94.

En este código a más de definir lo que constituye una infracción establece criterios de responsabilidad para las personas jurídicas (Art. 165) y de los directores o representantes legales de las mismas. El Código define las sanciones y las normas aplicables siendo diferentes tipos de "penalidades" (artículos 159 a 163). El legislador comunitario prevé distintos tipos de sanciones (artículo 159) tales como la multa, la pérdida de la mercadería objeto de la infracción, la pérdida del medio de transporte que conduzca la mercadería al momento de cometer la infracción, y admite que la autoridad aduanera aplique sanciones administrativas tales como las suspensiones o cesaciones temporarias o definitivas de los permisos de importación y exportación.

Lo importante de este código aduanero es que forma parte de un conjunto de organismos e instituciones creados para viabilizar la integración y que defiende bienes jurídicos distintos de los intereses de los

48 Álvarez Alejandro. La internacionalización del Derecho Penal: El ejemplo del Mercosur. Biblioteca Jurídico Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr27.pdf>. Última consulta 28 de febrero del 2016, 10h55.

estados nacionales considerados en forma individual. Existen bienes jurídicos comunitarios que intentan tener una normativa propia supranacional para su defensa y protección; un procedimiento que trasciende los establecidos en cada país y unas autoridades sancionadoras igualmente comunitarias, distintas de la de los estados partes, en cuyo contexto las actividades de las empresas y personas jurídicas empiezan a tener un marco de regulación penal propio que va más allá del cerco infranqueable de la soberanía de cada país y de los sistemas constitucionales fundacionales.

A modo de conclusión podemos mencionar que "...a diferencia de la Unión Europea el MERCOSUR no ha creado un sistema institucional supranacional, ni un orden comunitario. Sólo se podría caracterizar como una unión aduanera y zona de libre comercio aún incompleta. Ninguna de las normas que constituyen el MERCOSUR transfieren atributos de la soberanía de cada Estado en pos de una estructura ubicada por sobre los gobiernos los Estados partes...".⁴⁹ Según este sistema toda la producción de normas penales, entre las que consta el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es atribución exclusiva de los países miembros del Mercosur concierne exclusivamente a los Estados partes, dejando sin competencia directa a los órganos comunitarios. Sin embargo, el proceso de integración económica comercial genera una dinámica propia que incurre en el tratamiento de las infracciones penales y en la responsabilidad corporativa por varios mecanismos que buscan el acercamiento de las legislaciones nacionales bajo formas de cooperación en la armonización de la leyes de los países miembros y en la unificación de las definiciones y tratamiento de las infracciones penales con incipientes mecanismos de aplicación del poder sancionatorio en manos de organismos de la misma comunidad de naciones.

49 Matus Pierre, Ramírez Cecilia y otros. Ob. Cit. p. 3

En el ámbito de la UNASUR

La UNASUR nace a raíz de la crisis mundial del año 2008 como respuesta a la necesidad de una mayor integración política y económica de Latinoamérica. El 23 de mayo del 2008 se suscribe el Tratado Constitutivo por parte de los Jefes y Jefas de Estado de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela con el propósito de promocionar la integración, el dialogo, la cooperación para el desarrollo socio económico de la región bajo la egida de los principios de soberanía y autonomía de los estados miembros.

El Artículo 2 establece que le objetivo general de la a Unión de Naciones Suramericanas tiene es el construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.

Para la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), la UNASUR tiene de 400 millones de habitantes, lo que viene a ser aproximadamente el 5.6% de la población mundial. La inversión extranjera directa (IED) en el año 2013 es de USD 113,709 mil millones, respectivamente. En 2012, el PIB del bloque fue de USD 3,895.8 miles de millones, y en 2013 alcanzó los USD 4,014.3 miles de millones. En el 2013, el PIB de la UNASUR representó el 5.4% del PIB mundial. En el 2013, el volumen de comercio intra bloque de la UNASUR fue de 21.7%, lo cual indica que el comercio de la región con el resto del mundo es mayor que con los países al interior del bloque. En contraste, Europa y Asia son las regiones con mayor nivel de comercio intrarregional (60.7% y 59.6%, respectivamente)

Para autores como Alberto Couriel y Constanza Moreira⁵⁰ la creación de la UNASUR es un acontecimiento político de mucha importancia que intenta posicionar a Latinoamérica en posiciones más ventajosas de negociación en el contexto internacional. Mejorar el poder de negociación y construir nuevos mecanismos de cooperación y de integración en el ámbito interno y externo de la región. Su papel es vital en las relaciones entre bloques económicos poderosos de países desarrollados y los de menos desarrollo considerando que “...Vivimos una etapa de alta presencia de las empresas transnacionales, de un fuerte poder financiero debilitado por las últimas crisis, y un proceso de gran velocidad en innovaciones tecnológicas que también influyen en las relaciones de poder...”.⁵¹

La estructura de la UNASUR tiene una estructura en la que los órganos que la conforman tienen y toman sus decisiones que se materializan a través de distintos mecanismos. Por ejemplo, el Consejo de Jefas y Jefes de Estado toma decisiones y hace declaraciones. El Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores soluciona los problemas planteados por las recomendaciones del Consejo de Delegados y Delegadas. Es el órgano ejecutor de las recomendaciones hechas por el Consejo de Delegados y los Consejos Sectoriales. Los Consejos Sectoriales son instancias permanentes de consulta, cooperación y coordinación. Estos consejos en la actualidad abarcan varias áreas de trabajo: Salud, Desarrollo Social, Infraestructura y Planeamiento, Educación, Drogas, Defensa, Economía y Finanzas, Energía y Elecciones.

La Presidencia Pro Tempore tiene una función ejecutiva y prepara la agenda anual de actividades, convoca y preside las reuniones de cada uno de los órganos; también representa a la organización en eventos internacionales, entre otras. La Secretaría General, según el Artículo

⁵⁰ Couriel A, Moreira C. *UNASUR: La unidad de América Latina para la cooperación y la integración. En nuevos escenarios para la integración en América Latina*. Coordinadores Consuelo Silva Flores y Carlos Eduardo Martins. CLACSO. Editorial Arcis. Santiago. 2013. p. 10. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20131016025228/NuevosEscenarios.pdf>.

⁵¹ Couriel A, Moreira C., Ob. Cit., p. 307.

10 del Estatuto de la UNASUR, es el órgano que, bajo la conducción del Secretario General, ejecuta los mandatos que le confieren los órganos de UNASUR y ejerce su representación por delegación expresa de los mismos y tiene su sede en Quito, Ecuador.

–El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores

De acuerdo con el Art.8 del Tratado Constitutivo de la UNASUR el Consejo de Ministros es un organismo permanente y tiene entre sus atribuciones el preparar proyectos de Decisión, implementar las Decisiones del Consejo de Jefes de Estado y de Gobierno, coordinar posiciones en temas centrales de la integración suramericana; aprobar resoluciones y reglamentos de carácter institucional o sobre otros temas que sean de su competencia; crear Grupos de Trabajo en el marco de las prioridades fijadas por el Consejo de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno, entre otras. El Artículo 10 del reglamento de la UNASUR Los Consejos Ministeriales y demás instancias de naturaleza permanente, creados de acuerdo con el Artículo 5 del Tratado Constitutivo, deberán elaborar desde la fecha de su creación, un proyecto de Estatuto que deberá definir sus objetivos de trabajo como un mecanismo dinámico de trabajo comunitario.

En cumplimiento de esta normativa el Consejo de ministros ha creado hasta la actualidad los Estatutos de varios grupos de trabajo entre los que podemos mencionar: Estatuto Consejo Suramericano de Cultura –CSC; Estatuto Consejo de Defensa Suramericano –CDS; Estatuto Consejo Electoral de UNASUR –CEU; Estatuto Consejo Suramericano de Desarrollo Social –CSDS; Estatuto Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas –CSPMD; Estatuto Consejo Suramericano de Economía y Finanzas –CSEF; Estatuto Consejo Suramericano de Educación –CSE; Estatuto Consejo Suramericano de Infraestructura y Planeamiento –COSIPLAN; Estatuto Consejo de Salud Suramericano –CSS; Estatuto Consejo Suramericano en Materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional –DOT; Estatuto del Centro de Estudios Es-

tratégicos de Defensa del Consejo de Defensa Suramericano–CEED–CDS; Estatuto del El Instituto Suramericano de Gobierno en Salud –ISAGS; Lineamientos de Estrategia Energética Suramericana.

De estos estatutos la mayor parte son estatutos que persiguen entre sus objetivos marcos de cooperación institucional entre los organismos estatales para el cumplimiento de los lineamientos generales propios de cada área de competencia de los mismos. Solo únicamente el Estatuto del Consejo Suramericano Sobre el Problema Mundial de las Drogas con propuestas de homogenización legislativa.

–El Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas

El Artículo 3 del Estatuto de la UNASUR fija como un objetivo específico “...q) la coordinación entre los organismos especializados de los Estados Miembros, teniendo en cuenta las normas internacionales, para fortalecer la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el problema mundial de las drogas, la trata de personas, el tráfico de armas pequeñas y ligeras, el crimen organizado transnacional y otras amenazas, así como para el desarme, la no proliferación de armas nucleares y de destrucción masiva, y el desminado;...”. El Ecuador impulso en los años 2009 y 2010 una iniciativa para la creación de este Consejo con el objetivo de hacer frente a este flagelo que soporta la región y que pone en real peligro la estabilidad democrática y económica de la región. Su estructura está compuesta por Ministros o Jefes Nacionales (o sus equivalentes), responsables de las políticas para enfrentar el problema mundial de las drogas desde una perspectiva de seguridad nacional más que desde la salud pública.⁵² El Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas se creó en la III Reunión Ordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, el 10 de agosto de 2009 en Quito, Ecuador.

⁵² Alvarez Velasco Carla. Los retos que enfrenta el Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas de UNASUR. Informe del IDPC. Julio de 2012. http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del/los-retos-unasur.pdf. Última consulta marzo 5 del 2016 a las 19h52.

Posteriormente el Ecuador presento un Estatuto y un Plan de Acción para estructurar y delinear el funcionamiento del CSPMD los mismos que fueron aprobados y ratificados el viernes 26 de noviembre de 2010 en la ciudad de Georgetown en la IV Reunión de Jefas y Jefes de Estado.

Respecto al Estatuto, los objetivos específicos que se plantearon los miembros fueron:

- a) identificar posibilidades de armonización de normas;
- b) fortalecer la institucionalidad;
- c) intercambiar experiencias, información, capacitación y buenas prácticas;
- d) reducir las consecuencias negativas sobre el medio ambiente;
- e) promover el desarrollo alternativo, integral, sostenible y el desarrollo alternativo preventivo;
- f) reducir la demanda; g) promover la cooperación para aumentar y agilizar la capacidad de respuesta frente a los delitos;
- h) promover la investigación científica;
- i) promover el intercambio de información; y
- j) promover la prevención en el uso indebido de drogas.

Concretamente el Artículo IV del Estatuto del Consejo Suramericano sobre el problema mundial de las drogas, aprobado en Quito, Ecuador, abril de 2010, establece que entre sus objetivos específicos está el "... Propiciar medios para identificar posibilidades de armonización de normas penales, civiles y administrativas, así como políticas públicas, en relación con el problema mundial de las drogas, respetando el or-

denamiento jurídico y la soberanía de cada Estado Miembro...” así como Promover una cooperación judicial, policial y de unidades de inteligencia financiera efectiva, para aumentar y agilizar la capacidad de respuesta frente a los delitos vinculados al problema mundial de las drogas, en el marco de los compromisos internacionales asumidos por los Estados Miembros y los mecanismos que implemente este Consejo;...”⁵³

Siendo el consejo una entidad comunitaria de carácter consultivo y coordinador de la posición oficial ante los organismos internacionales de la UNASUR se constituye en un mecanismo idóneo por el cual puede iniciarse un proceso de homogenización legislativa en materia de responsabilidad penal para las personas jurídicas que de manera directa o indirecta formen parte del tráfico de drogas y sustancias prohibidas. Sin embargo podemos pensar que por tratarse de un proceso de integración la dinámica de su funcionamiento y del cumplimiento de sus objetivos evidentemente requerirá de un proceso de armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales y el construcción de políticas comunes y armonizadas, aunque este último aspecto permea en casi todos los estatutos de los consejos que se crearon para este efecto.

–Estatuto Consejo Suramericano en Materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones Contra la Delincuencia Organizada Transnacional – DOT.

Plantea un enfoque en el tratamiento al problema internacional de las drogas desde una perspectiva humanitaria que tiene que ver con el principio de responsabilidad común y compartida; enfoque integral, equilibrado, multidisciplinario y sostenible, una visión desde los DDHH, la abolición de la pena de muerte por delitos relacionados con las drogas, proporcionalidad de las penas, la sustitución social de los cultivos con la presencia del Estado y los mecanismos de lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado.

⁵³ Artículo IV del Estatuto del Consejo Suramericano sobre el problema mundial de las drogas, aprobado en Quito, Ecuador, abril de 2010.

El Artículo 1 del Estatuto determina que el Consejo Suramericano en Materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y coordinación de acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional es una instancia permanente de UNASUR de consulta, coordinación y cooperación entre los Estados Miembros en materia de seguridad ciudadana, justicia y acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional en el marco del Tratado Constitutivo de UNASUR.

Entre sus objetivos específicos constan varios de entre los cuales podemos rescatar objetivos de cooperación para fortalecer la seguridad ciudadana, la justicia y acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional; cooperación judicial, policial y de agencias de inteligencia, para aumentar y agilizar la capacidad de respuesta frente a estos) ciudadana; la intensificación del intercambio sobre formación, capacitación y especialización de los actores involucrados en materia de seguridad ciudadana, justicia y acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional; uso de nuevas tecnologías y comunicaciones, la adopción de procedimientos y medidas que agilicen y fortalezcan la cooperación judicial e investigativa, entre otros. En conclusión, no existe entre sus objetivos la búsqueda de mecanismos de unificación u homologación legislativa en materia penal ni hace alusión al papel que pueden jugar las personas jurídicas en el control de este tipo de delincuencia. Solo se mantiene a nivel de cooperación y coordinación en materia judicial e investigativa.

El problema es que el Tratado de la UNASUR debe asumir procesos de optimización en cuanto a establecer prioridades que vayan de la mano de su estructura jurídica, como por ejemplo la solución de controversias en manos de entes eminentemente políticos como el consejo de ministros, o un incipiente sistema de producción de normas de obligatorio cumplimiento. En este punto tiene razón Silvana Insignares Cera cuando dice que "...respecto a la naturaleza de la UNASUR, debe destacarse que si bien sus características se asemejan más a la cooperación o constitución de un foro político, en su preámbulo y en sus objetivos se define como un espacio en el que se desarrollará una

integración en lo social, económico y político entre los pueblos de los Estados partes...”.⁵⁴ Muchos críticos coinciden en que la naturaleza política que prima en las actuaciones de la UNASUR genera desconfianza en determinadas iniciativas de homogenización como la creación de la Corte Penal del Unasur para el juzgamiento de los delitos transnacionales como el tráfico de drogas, lavado de activos, trata de personas, tráfico de migrantes y otros más; y la iniciativa ecuatoriana para la creación del centro de soluciones de controversias para los tratados de inversión que reemplazaría al Ciadi (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones)

La Comunidad Andina de Naciones

El 26 de mayo de 1969 se suscribe en Santa Fe de Bogotá el convenio de integración inicialmente denominado Pacto Andino. Los países miembros fueron en su comienzo Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, que luego adhirió a Venezuela, con la finalidad de conformar una unión aduanera en el plazo de diez años. Luego de varias crisis se replanteo el modelo de integración o desde una perspectiva desarrollista hacia adentro hacia una integración regional abierta orientada a la liberación del comercio de bienes en la Subregión, la adopción de un arancel externo común, la armonización de instrumentos y políticas de comercio exterior y de política económica, entre otros.

En noviembre de 1993 el Pacto Andino se transformó institucionalmente mediante el Protocolo de Trujillo en su reunión de Presidentes realizado en la ciudad de Trujillo/Perú en marzo de 1995, derivándose en la actual Comunidad Andina como culminación de una serie de reformas protocolarias e institucionales que le invistieron al proceso de integración de una visión política. Al crearse la Comunidad Andina (CAN) y el Sistema Andino de Integración (SAI) se pretende superar

54 Insignares Cera S. “¿integración regional o cooperación política? “. *Revista de Derecho*. N.40. Universidad del Norte. Barranquilla. 2013. Sitio disponible C:\Users\Usuario\AppData\Local\Temp\5925-25604-1-PB-2.htm. <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/5925/502>

los objetivos integracionales más allá de lo estrictamente comercial y económico.

Los países actualmente están integrados son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Tienen una población conjunta de aproximadamente 105 millones de habitantes. Las cifras de las exportaciones intracomunitarias alcanzan la cantidad de aproximadamente 10 mil millones de dólares, mientras que las exportaciones comunitarias alcanzan el monto de 120 mil millones de dólares siendo los Estados Unidos (28%), China (18%) y la Unión Europea (14%) los principales mercados. Tiene una superficie territorial de 4.710.000 km² con un producto interno de 270 mil millones de dólares.

Los principales objetivos de la Comunidad Andina (CAN) son propender el desarrollo equilibrado y armónico de sus miembros dentro de un marco de equidad; lograr márgenes reales de crecimiento utilizando como instrumento la integración y la cooperación económica y social; y además buscar la formación gradual de un mercado común latinoamericano, que signifique un incremento en los niveles de vida de sus habitantes.

Los órganos de la CN son los siguientes:

1.- Consejo Presidencial Andino (Máxima reunión de los Jefes de Estado).

Máximo órgano del Sistema Andino de Integración (SAI), creado el 23 de mayo de 1990. Está conformado por los Jefes de Estado de los países miembros del Acuerdo de Cartagena. Las directrices que emite deben ser ejecutadas por todas las instituciones y órganos de la comunidad. El sistema de funcionamiento es el intergubernamental en donde se procesan las voluntades de los estados miembros. Entre sus funciones se encuentra la actividad de definir la política de integración, orientar acciones en asuntos de son de interés de la subregión, evaluar y examinar todo el proceso de la integración. Determina la dirección política de la CAN.

2.- El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Reunión de Política Exterior de la Comunidad).

Creado el 12 de noviembre de 1979. Está conformado por los Ministros de Relaciones Exteriores de cada uno de los estados y funciona como un organismo de carácter intergubernamental o de coordinación. Coordina las políticas exteriores de cada país que afecten a la comunidad así como la misma política exterior de la subregión. Algunas de las funciones principales del Consejo consisten en formular directrices de la apolítica exterior y representar a la comunidad en asuntos de interés común, además de suscribir acuerdos con otros países terceros.

3.- Comisión de la Comunidad Andina (órgano normativo).

Está conformada por delegados plenipotenciarios que se encargan de formular, ejecutar y evaluar la política de integración en materia de comercio e inversiones y emiten normas de obligatorio cumplimiento para todos los Países miembros.

Sus funciones están todas relacionadas con el objetivo de libre mercado dentro de la subregión andina. En la comisión los asuntos que son de su agenda se deciden por mayoría absoluta de sus miembros, y no de unanimidad. La mayor flexibilidad para el logro de resoluciones importantes sin el bloqueo de algunos países, puesto que al menos dos de ellos deben estar de acuerdo para emitir una resolución.

4.- La Secretaría General de la CAN.

Tiene su sede en Lima (Perú) y está a cargo de un Secretario General. Es de reciente creación (El 10 de marzo de 1996) como órgano ejecutivo y técnico. Tiene mayores atribuciones que la ex Junta del Acuerdo de Cartagena.

5.- La Corte Andina de Justicia

Creada el 29 de mayo de 1979. Tiene su sede en la ciudad de Quito y es un órgano eminentemente judicial que controla la legalidad de las actuaciones de todos los Órganos e Instituciones de la CAN y dirime las controversias existentes entre países, entre ciudadanos o entre países

y ciudadanos en temas relacionados con el incumplimiento de los acuerdos en la comunidad andina.

6.- El Parlamento Andino

Creado el 25 de octubre de 1979. Con sede en Bogotá (Colombia) y es una especie de poder legislativo de la CAN. Su característica principal es que es un organismo deliberante conformado por parlamentarios nacional de cada uno de los países miembros y tiene funciones de tipo consultivo más que ejecutivas. Su poder es limitado y su temática se circunscribe a asuntos relacionados con la integración andina, existiendo facultades para proponer acciones normativas que beneficien a la integración.

Todos los organismos de la Comunidad Andina están relacionadas entre sí por el Sistema Andino de Integración, SAI. Este Sistema permite operar la CAN con la misma lógica con la que funciona un Estado debido a que estas instituciones tienen funciones concretas y específicas en el campo lo político, un nivel de relaciones exteriores, un órgano generador de normas internas, una corte de justicia y un parlamento.

Existen instancias consultivas de la Sociedad Civil, como el de los Pueblos Indígenas, de los Trabajadores y de los Empresarios, la Universidad Andina Simón Bolívar y las instituciones de carácter financieros como la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas. Todas son parte de la SAI.

La Decisión N. 458 de mayo de 1999 expedida por el Consejo Andino de Ministros contiene los Lineamientos de la Política Exterior Común (PEC) orientada a maximizar la cooperación política y buscar nuevas estrategias que permitan revitalizar el proceso de integración que hasta ese entonces estaba agotado. La presencia internacional para fortalecer la identidad y cohesión de la CAN permitiría ampliar el marco de influencia internacional y la real posibilidad de abrir un nuevo abanico de posibilidades de desarrollo si la CAN encuentra vías de articulación a los procesos de integración existentes en la región latinoamericana.

La obligatoriedad de las Decisiones comunitarias de la CAN y la potencial incorporación de normas penales de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Una primera impresión de los procesos de integración entre países afines tiene que ver con la adopción de una institucionalidad jurídica comunitaria que trasciende el mero interés individual de los Estados miembros en beneficio del interés colectivo. Elevar los estándares de vida de los habitantes de los países integrados implica el uso de estrategias integradoras que empiezan con finalidades económicas y comerciales pero por inercia propia del funcionamiento de este régimen termina abarcando otras áreas complementarias o creando mecanismos instrumentales para lograr los objetivos comerciales propuestos.

Los organismos creados a efecto de configurar una estructura orgánica - jurídica implica un cesión mínima de soberanía de cada estado en provecho de una institucionalidad supranacional independiente de los estados que permita organizar los objetivos propuestos en los tratados constitutivos de la comunidad. En otras palabras, existe una redistribución de los poderes de los países partes hacia los órganos creados lo que implica una aceptación de una fuente derivada de derecho que no solo se inserta en las legislaciones de cada estado sino que lo hace en términos de superioridad al ordenamiento legal interno, prima sobre las normas jurídicas propias de cada miembro.

La supranacionalidad del derecho comunitario, en este caso de la CAN, se manifiesta de dos formas:

1.- La aplicación directa de la normativa comunitaria. El Artículo 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así como por

sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino. Proviene de los organismos comunitarios los que en ejercicio de su competencia delegada por los países partes miembros, tienen la potestad de dictar normas obligatorias para la comunidad.

El efecto inmediato de la aplicación directa permite a los ciudadanos de un país miembro el derecho de solicitar a los jueces nacionales la aplicación de la norma comunitaria para resolver un caso concreto que este bajo su conocimiento. Así lo reconoció la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-137 de 1996.

2.- La preeminencia del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico interno de cada estado parte.

Si Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Art. 2, faculta al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión a tomar decisiones estas serán directamente aplicables en los países miembros a partir de su publicación en la Gaceta Oficial salvo que su texto disponga la realización de un acto de incorporación previo. Estas decisiones normativas son preeminentes, con jerarquía superior, a las normas nacionales y su aplicación es inmediata después de su publicación.⁵⁵

⁵⁵ Pico Mantilla Galo. Código de la comunidad Andina. Segunda Edición. 2008. <http://centroandinodeintegracion.org/category/tribunal-andino-de-justicia/>. <http://www.eumed.net/libros-gratis/2006c/196/index.htm>. Última consulta 12 de marzo del 2016, 18h30. En esta obra Galo Pico Mantilla ratifica el hecho de que "...Las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, primero; y, ahora, del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, han sido y son expedidas en ejercicio de la facultad normativa concedida por el propio Acuerdo de Cartagena. Inicialmente el Acuerdo decía que la Comisión es su "órgano máximo" y que como tal tenía capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia, y determinaba que la Comisión expresará su voluntad mediante "Decisiones". Posteriormente, el Acuerdo crea la Comunidad Andina y establece el Sis-

Sin embargo, las normas del Derecho comunitario coexisten con las normas del derecho interno sin que tengan potestad de derogarlas. Son autónomas y en caso se aplica el principio de la preeminencia o supremacía del derecho comunitario andino sobre el ordenamiento jurídico nacional. La fuente secundaria, como las Decisiones del Consejo de Ministros, tiene el carácter de imperativa y constituye una especie de ley observable en forma obligatoria por el derecho interno de cada Estado miembro.⁵⁶

Ya habíamos mencionado que la visión política del proceso de integración parte del Protocolo de Trujillo, acontecimiento que marca el inicio de una faceta que pretende superar la visión reduccionista de la integralidad económica y comercial por objetivos más integrales abarcativos de una multitud de aspectos en los cuales la subregión pretende posicionarse con más ventajas frente a la comunidad internacional.

Los instrumentos y normas derivadas del Acuerdo de Cartagena que forman parte de la integración política de la Comunidad Andina se encuentran en los instrumentos complementarios como son: el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena y el Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia; El Compromiso de Lima y Carta Andina para la Paz y la Seguridad: Limitación y Control de los Gastos Destinados a la Defensa Externa; Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos; el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes; Entre las normas derivadas del Acuerdo de Cartagena tenemos a los Lineamientos de la Política Exte-

tema Andino de Integración conformado entre otros órganos e instituciones, por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que expresa su voluntad mediante Declaraciones y "Decisiones", y por la Comisión de la Comunidad Andina que también expide "Decisiones" las cuales, igual que las Decisiones del Consejo, forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y se publican en la Gaceta Oficial del Acuerdo..."

56 Plata Luis, Ceballos Donna. Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas. *Revista de Derecho de la universidad del Norte*. N.º 31, Barranquilla, 2009. http://cielo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/31/8_NATURALEZA%20JURIDICA%20DE%20LAS%20N.pdf. Última consulta el 3 de marzo del 2016, 4h14.

rior Común; el Plan Andino de Cooperación para la Lucha contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos; Protección y Recuperación de Bienes Culturales del Patrimonio Arqueológico, Histórico, Etnológico, Paleontológico y Artístico de la Comunidad Andina; el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos; El Régimen Común sobre Propiedad Industrial; Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas; Patentes, Licencias y Regalías; Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino; Creación del Pasaporte Andino

La temática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en ninguno de estos instrumentos comunitarios ha sido tratada en forma directa pese a que las legislaciones nacionales de los países miembros ya tienen introducidas en sus sistemas penales esta institución. La mayor parte de estas decisiones prevén un sistema de cooperación política, institucional, policial y de los sistemas jurisdiccionales para un tratamiento más efectivo a los flagelos de la delincuencia internacional organizada, en el tráfico de drogas, lavado de activos, entre otros.

Sin embargo es importante mencionar que Plan Andino de Cooperación para la Lucha Contra las Drogas Ilícitas y Delitos controlado por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores es el órgano responsable de la definición, coordinación y seguimiento del Plan elabora un Programa de Acción aprobado mediante Decisión del mismo Consejo que tiene por misión establecer los Planes Operativos para la ejecución del Programa de Acción lo reportara Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores las recomendaciones respectivas. Entre estos planes se encuentra como estrategia promover la armonización de las legislaciones nacionales en materia de derecho penal y procesal penal en los países de la CAN.⁵⁷

Concretamente en relación con el Plan Andino de Cooperación para la Lucha Contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos. La Carta Andina

⁵⁷ Plan Andino de Cooperación para la Lucha Contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos...III Estrategias comunitarias. Numeral 7.

para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en el Art. 6, como estrategia del Grupo de Acción dependiente del Consejo de Ministros, órgano legislativo de la CAN, pretende una armonización en este campo de las legislaciones nacionales de cada estado miembro. El Programa de Acción, en relación con el lavado de activos adopta como estrategia "...6.- Tipificar como delito autónomo el lavado de activos, de manera tal que incluya otras conductas delictivas (robo de vehículos, extorsión, secuestro, trata de blancas, tráfico de órganos y tráfico de armas)..."⁵⁸ que son delitos en los cuales las personas jurídicas constituyen un factor criminógeno importante muy difícil de ignorar en el momento en que los procesos de armonización legislativa implementada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la CAN se concreten en decisiones de cumplimiento obligatorio por parte de las legislaciones internas de cada país miembro.

La minería ilegal en la comunidad Andina de Naciones. Caso Especial

Frente a la difícil y alarmante situación que genera la práctica de la minería ilegal en países miembros el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, reunido en forma ampliada con los representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina, expide Decisión N. 774, Política Andina de Lucha contra la Minería Ilegal, Gaceta Oficial de la Comunidad el 10 de octubre de 2012, como respuesta a la generación de múltiples amenazas a la seguridad económica, democrática, sanitaria, medioambiental y de seguridad ciudadana que se encuentra asociada a la práctica de la minería ilegal.

Esta Decisión permite que los países miembros implementen medidas de carácter legislativo, administrativo y operativos para la destrucción, inmovilización, inutilización o demolición de bienes, maquinaria, equi-

⁵⁸ La integración política de la comunidad andina: instrumentos y normas derivadas del Acuerdo de Cartagena. Secretaría general de la comunidad Andina. Biblioteca Digital andina. <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0004.pdf>. Última consulta el 12 de marzo del 2016, 17h34.

pos e insumos, cuando por sus características o situación no resulte viable su decomiso, traslado o, desde el punto de vista económico, su administración; busca establecer sanciones suficientemente disuasivas a quienes realicen minería ilegal y actividades ilícitas conexas, y para quienes las apoyen y financien; Controlar y fiscalizar la importación, exportación, transporte, distribución y comercialización de maquinaria, sus partes y accesorios, equipos e insumos químicos e hidrocarburos que puedan ser utilizados en la minería ilegal; pretende combatir el lavado de activos y delitos conexos producto de la minería ilegal y fortalecer e implementar los mecanismos de extinción del derecho de dominio o su equivalente, sobre los instrumentos y productos de las actividades de minería ilegal, lavado de activos y delitos conexos. Es decir, determina en forma imperativa, el término “adoptaran” es inequívoco, Artículos 5 y 6, la implementación y armonización de las legislaciones internas con esas directivas relacionadas con estos delitos, considerando que el Art. 3 determina como sujeto activo del delito de minería ilegal a la “...ejercida por persona natural o jurídica, o grupo de personas, sin contar con las autorizaciones y exigencias establecidas en las normas nacionales...”.⁵⁹ En forma directa conmina el desarrollo legislativo de implementación de un sistema de responsabilidad penal o administrativa reconociendo la capacidad delictiva de las personas corporativas como agentes directos distintos de las personas naturales.

Esta normativa comunitaria, la Decisión 744, sirvió de antecedente directo para que la Republica de Colombia emitiera el Decreto presidencial N. 2235 del 30 de octubre del 2012 por el cual se reglamentan el artículo 6° de la Decisión número 774 del 30 de julio de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones y el artículo 06 de la Ley 1450 de 2011 en relación con el uso de maquinaria pesada y sus partes en actividades mineras sin las autorizaciones y exigencias previstas en la ley. En los

59 Artículo 3. Minería Ilegal: Actividad minera ejercida por persona natural o jurídica, o grupo de personas, sin contar con las autorizaciones y exigencias establecidas en las normas nacionales.

Minería en pequeña escala, artesanal o tradicional: Aquella que por sus características ~~sea~~ calificada como tal de conformidad con las legislaciones nacionales de los Países Miembros.

considerados del mencionado Decreto reconoce que “...que sobre el carácter supranacional y vinculante de las normas adoptadas por la Comunidad Andina de Naciones señaló la Corte Constitucional mediante Sentencia C-137 de 1996: “Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando esta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) - dentro del efecto conocido como preemption - a la norma nacional”.

El gobierno de Colombia armonizó la legislación interna colombiana con la Decisión 744 de la Comunidad Andina de Naciones en los mismos términos empleados en ésta y que igualmente reconoce a las personas jurídicas como potenciales sujetos activos en la comisión de tales infracciones. Esta medida preventiva “...no afecta las acciones penales o administrativas en curso o susceptibles de ser iniciadas...”, lo que constituye un claro indicativo de la real posibilidad del inicio de acciones penales en contra de las personas jurídicas independientemente de las acciones emprendidas a consecuencia de la aplicación de la decisión comunitaria.

En el caso ecuatoriano, con la expedición del Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014, recoge esta preocupación en el Art.69 ultimo inciso del numeral 2do, que se refiere a la destrucción o inutilización de maquinarias empleadas para ejercer las actividades de minería ilegal. Además el Artículo 258 establece un régimen de penas para las personas jurídicas cuando ha incurrido en el delito de extracción, explotación, apro-

vechamiento, transporte, comercialización o almacenamiento de recursos mineros.

En el caso de la República del Perú se emite el Decreto Legislativo N. 1107 del 20 de abril del 2012 que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de maquinarias y equipos que puedan ser utilizados en la minería ilegal así como del producto minero obtenido en dicha actividad. En esta normativa se considera a las personas jurídicas como potenciales agentes activos en la comisión del delito de la minería ilegal.⁶⁰

En conclusión, luego de un repaso del sistema legal de la Comunidad Andina de Naciones podemos constatar que este convenio sub regional comenzó como una proyecto de integración económico comercial pero que hasta la actualidad ha alcanzado un desarrollo de la normativa comunitaria que abarca varios aspectos complementarios y relevantes en la vida de los pueblos andinos. Los desafíos de la globalización económica y tecnológica implica la presencia de un cumulo de riesgos que dejaron de ser potenciales para transformarse en una dura realidad que pone en peligro los cimientos democráticos de estos países caracterizados por los serios déficits de estabilidad democrática.

La delincuencia y transnacional y la presencia de corporaciones privadas, con mayor peso relativo en los órganos decisionales de los países miembros y como actores principales en el tráfico comercial, han llevado a la comunidad andina a preocuparse de armonizar sus legislaciones frente al reto de enfrentar al tráfico de drogas, lavado de activos, trata de personas, violación de los derechos humanos, delitos financieros, la ciber delincuencia, la evasión de impuestos, el contrabando, en los que las personas jurídicas juegan un papel importante en la dinámica de integración y en el engranaje de la delincuencia empresarial. Claro que este tema no ha sido abordado directamente por la norma-

60 Diario *El Peruano*. Suplemento Normas Legales. Lima, viernes 20 de abril de 2012. <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/LEGISLACION/2012/ABRIL/DL%201107.pdf>. Última consulta el 12 de marzo del 2016, 10h26.

tiva comunitaria, recuérdese que el mismo proceso tuvo la Unión Europea, sino que la fuerza de los acontecimientos va perforando las barreras y las limitaciones de las decisiones y resoluciones comunitarias que terminarían encontrándose en poco tiempo de un macro proceso de unificación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La recepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los países latinoamericanos

En este punto el objetivo central de este trabajo es analizar el contexto en el que se verifican los esfuerzos de las legislaciones de la región latinoamericana por incorporar la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas y si aquellos obedecen a lógicas preponderantemente comerciales producto de la necesidad de impulsar los procesos de integración económica.

Caso México

Los convenios internacionales que México ha suscrito y firmado en relación con la corrupción son los siguientes:

- a).- La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (OEA);
- b).- La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).
- c).- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ONU), Convención de Mérida.
- d.- E materia de la legislación sobre lavado de activos y financiación del terrorismo los convenios suscritos y ratificados por México son: La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

Transnacional (Convención de Palermo), Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (recomendaciones). Entre las leyes expedidas en función de estos convenios esta la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (conocida como la Ley Anti lavado).

El nuevo Código Nacional de Procesos se publica en el Diario Oficial de la Federación el Código Nacional de Procedimientos Penales (“CNPP”), el 5 de marzo de 2014. La novedad radica en que se incluye en el Capítulo II del Título X del Libro Segundo, el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El 8 de diciembre de 2014, también se publica en la Gaceta Oficial del Distrito Federal las reformas al Código Penal para el Distrito Federal (“CPDF”) en la parte pertinente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estas reformas rompen el paradigma por el que las personas morales no podían ser parte procesal penal y ser objeto de sanciones de igual naturaleza.

Esta ley no solo se concentra en el aspecto represivo de las conductas delictivas de las corporaciones sino de también de establecer mecanismos de prevención a través de la obligatoriedad de la adopción de procesos que mejoren la organización interna de la empresa para controlar las posibilidades de que sea utilizada como escenario de delitos tipificados como tales por la ley mexicana.⁶¹

El de acuerdo al sistema adoptado por México los delitos cometen las personas morales a través de sus representantes, artículo 27 del CPDF, y serán penalmente responsable de los delitos que sean cometidos en su nombre, por su cuenta, en su provecho o exclusivo beneficio, por sus representantes legales y/o administradores de hecho o de derecho. De manera similar, las personas morales también serán responsables

61 La Responsabilidad Penal de Personas Morales en México en el Marco del Gobierno Corporativo de las Empresas.

Jones Day Publications EU Court of Justice Clarifies Responsibilities of Internet Search Engines Regarding So-Called Mayo 2015. <http://www.jonesday.com/es/la-responsabilidad-penal-de-personas-morales-en-mexico-en-el-marco-del-gobierno-corporativo-de-las-empresas-05-11-2015/>. Ultimo consulta el 19 de marzo del 2016, 10h53.

por los delitos que cometan las personas que se encuentran bajo la autoridad de sus representantes legales y/o administradores de hecho o de derecho, por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional que deba atenderse según las circunstancias del caso y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica.

Mientras no se reforme la ley el sistema de los delitos potencialmente cometidos por las personas jurídicas es abierto. Entre las sanciones que pueden ser impuestas a las personas morales están la suspensión, disolución, prohibición de realizar determinados negocios, intervención, clausura, retiro de mobiliario urbano, custodia de folio real o de persona moral o jurídica, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o sociales, y la reparación del daño, tal como se describe en el Art. 32 de la ley.

El Art. 72 del Código establece un criterio de individualización de las penas que obliga al juez penal a tomar en consideración varios factores propios de caso concreto y de sus actores para la imposición de la pena. Además el CPDF incluye, previa la imposición de la pena, los factores excluyentes y atenuantes de la responsabilidad, en forma independiente de la persona física.

Incluye medidas internas de un gobierno corporativo en el marco del "compliance penal", orientadas a prevenir y mitigar la responsabilidad de la empresa. Gobierno corporativo en este marco implica la creación de una estructura administrativa eficiente que permita en forma real un control de sus procesos productivos y financieros – comerciales en caminados a prevenir los delitos tomando en cuenta el tipo y las características de cada de empresa.

Además esta ley regula temas que han sido motivo de profundos debates en Europa y en España concretamente, como es el relacionado con los Protocolo de apoderados para procedimientos penales, prevención y

administración del riesgo legal, mapas de riesgo, manuales de procedimientos de operación, guías en caso de procedimientos penales.

La naturaleza de la introducción de la responsabilidad penal en la legislación de la Republica de México viene orientada por la urgente necesidad de reconocer a la empresa privada como sujeto de derecho penal como una importante estrategia para confrontar las nuevas formas de criminalidad que las empresas nacionales y multinacionales desarrollan en el marco del intercambio comercial en los procesos integracionistas de la economía regional y mundial, especialmente con la urgente necesidad de que "...los países adopten medidas penales y de otra naturaleza, adecuadas para combatir el lavado de dinero y sancionar penalmente tanto a personas físicas como morales.

Así se encuentra establecido en las "cuarenta recomendaciones" del Grupo de Acción sobre el Lavado de Activos (GAFI) y en la Propuesta de decisión marco del Consejo Europeo sobre la lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo..."⁶² En otras palabras, principalmente es el cumplimiento de las exigencias del GAFI lo que obliga a México a adoptar el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas mucho más allá que las preocupaciones y amenazas que puedan ocasionar una criminalidad corporativa para el sistema económico mexicano.⁶³

⁶² Gaceta Parlamentaria, Número 3499-VII, jueves 26 de abril de 2012. Dictamen a discusión De la Comisión de Justicia, con proyecto de decreto que adiciona y deroga diversas disposiciones de los Códigos Penal Federal, y Federal de Procedimientos Penales, en materia de responsabilidad de las personas morales. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/61/2012/abr/20120426-VII/DictamenaD-11.html>. Última consulta 19 de marzo del 2016, 16h10.

⁶³ La responsabilidad penal de las personas morales y la reforma al Código penal del Distrito Federal. (Texto tomado parcialmente del prólogo al libro La responsabilidad penal de las personas morales de Paul Martín Barba, Porrúa, México, 2015). Este autor textualmente afirma que "... Recientemente se han desarrollado distintas iniciativas de ley, derivadas de los instrumentos internacionales que ha firmado México, entre los cuales destacan la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción que contienen la posibilidad de que los Estados legislen sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Caso Brasil

En Brasil la responsabilidad penal de las personas jurídicas marca un inicio en la Constitución Brasileña de 1988 aunque tardaron varios años en que sea aplicada por los tribunales y juzgados.⁶⁴ Este tipo de responsabilidad penal viene a constituir una excepción puesto que se la aplica únicamente en materia ambiental del principio general de no penalizar a las personas jurídicas puesto que para ellas existe un sistema de responsabilidad civil y/o administrativa. Así lo establece la ley penal brasileña de los crímenes ambientales (Ley 9.605 de 12 de febrero de 1998).

El Artículo 3 de la mencionada Ley establece que para que la persona jurídica para ser considerada penalmente responsable debe requerirse que la acción sea, en primer lugar, cometida por decisión del representante legal o contractual de la empresa, o su órgano colegiado. Segundo y que sea cometido para beneficiar a la empresa, sin que implique una exclusión de las personas físicas con diferente grado de participación en el mismo hecho configurándose, de esta manera, un sistema de doble imputación.

En la actualidad Brasil tiene suscrito tres diferentes tratados internacionales relacionados con la corrupción.

a.- La Convención de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, en el año 2.000.

b.- La Convención Interamericana contra la Corrupción del 2002.

c.- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que entró en vigor con el Decreto 5698/06, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003.

⁶⁴ Pedro Donaires Sánchez Pedro. En Revista digital *Derecho y Cambio Social*. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Fecha de publicación: 01/01/2013. http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas.pdf. Última consulta 19 de marzo del 2016, 16h32.

d.- Las leyes locales como la nueva Ley Anticorrupción que entró en vigor en Brasil en enero de 2014 en la cual la opción preferencial por las sanciones administrativas en lugar de las sanciones penales para las personas jurídicas, fue la característica principal, junto al fomento a los programas de Compliance para las empresas.

En relación con legislación sobre lavado de activos y financiación del terrorismo, los Convenios internacionales suscritos y ratificados por Brasil podemos mencionar los siguientes:

a.- Brasil ratificó la Convención de Viena en junio de 1991, en el que se tipifica el lavado de activos, los recursos de las organizaciones criminales del narcotráfico.

b.- La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, o convención de Palermo a la través del Decreto Núm. 5015/14.

c.- La Convención de Mérida, que tipifica el lavado de activos, receptada mediante el Decreto Núm. 5687/06.

d.- La Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999 y receptada por Brasil en diciembre del 2005.

Las sanciones establecidas en la legislación interna para quienes cometan este tipo de infracciones se encuentran reguladas desde el ámbito penal y administrativo. Se excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Caso de la República del Perú

Existe una coincidencia entre los estudiosos del derecho peruano⁶⁵ la afirmación que en el ordenamiento jurídico de la República del Perú

⁶⁵ Ibid.

rige el principio *societas delinquere non potest* aunque se incluye como una novedad la aplicación de las llamadas “consecuencias accesorias”, similares a las que rigieron en España antes de la reforma, las mismas que vendría a ser verdaderas sanciones penales cuando el delito se comete a consecuencia del ejercicio de una actividad propia del giro de su objeto social realizada por una persona jurídica de cualquier persona jurídica o cuando esa persona jurídica es utilizada para favorecer el cometimiento o para encubrirlo.

En el punto 1.4.3. del Proyecto de Ley N. 4054/2014 enviado por el Presidente de la República del Perú, al congreso Nacional, el Proyecto de Ley que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en los delitos de corrupción se reconoce textualmente que “... a efectos de diseñar el modelo se ha tenido en cuenta la legislación comparada, los lineamientos de la OCDE, y los otros espacios internacionales como la APEC....así mismo esta herramienta constituirá un elemento de vital importancia para lograr nuestra adhesión a la convención OCDE para combatir el cohecho en transacciones comerciales internacionales (1977) y ser parte de la OCDE...”.⁶⁶

Camilo Clavijo, bachiller de Derecho de la PUCP y exdirector de la Comisión de Publicaciones de Themis acepta el hecho de que el Perú tiene un alto interés en ser miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que como habíamos determinado antes, reúne a las 34 economías más grandes del mundo, a la que el Perú solicitó su adhesión en 2009 a la Convención Anti soborno de la como paso previo para ser miembro en pleno de la OCDE, pero “...el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE –encargado de evaluar las solicitudes de adhesión al Convenio– ha sido bastante claro: hasta que el Perú no haya promulgado un régimen de responsabilidad autónoma de las personas

⁶⁶ Proyecto de Ley N. 4054/2014 enviado por el Presidente de la República del Perú, al Congreso que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en los delitos de corrupción. [http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/curso/2015/e-23-03-2015/6bProyectedeLey%204054\(personasjuridicas\).pdf](http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/curso/2015/e-23-03-2015/6bProyectedeLey%204054(personasjuridicas).pdf). Última consulta el 19 de marzo del 2016, 17h50.

jurídicas, al menos, en delitos de corrupción, no podrá ser miembro pleno. Sin embargo, el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE –encargado de evaluar las solicitudes de adhesión al Convenio– ha sido bastante claro: hasta que el Perú no haya promulgado un régimen de responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, al menos, en delitos de corrupción, no podrá ser miembro pleno. Queda claro que la decisión de introducir la responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro país responde a razones políticas más que a una verdadera voluntad jurídica...”.⁶⁷ Así lo dice el proyecto de ley y la fundada opinión de los juristas peruanos, la preocupación de la responsabilidad penal de las personas morales ha sido instrumentalizada como estrategia política de integración comercial y no obedece a una verdadera preocupación por la potencial fuente criminógena de las actividades empresariales.

Caso Colombia

Debemos mencionar que los convenios internacionales suscritos y ratificados por Colombia son:

- a.- La Convención Interamericana en Contra de la Corrupción.
- b.- El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- c.- La Convención de las Naciones Unidas en Contra de la Corrupción
- d.- La Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales

⁶⁷ Clavijo Camilo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas sin posibilidad de defensa. Artículo publicado en la Agencia de Prensa Ambiental INFO REGION. Lima 22 junio 2015 - 9:02 am. <http://www.inforegion.pe/206418/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-sin-posibilidad-de-defensa/>. Última consulta el 19 de marzo del 2016, 17h45. Igual opina Hugo Sutil acerca de la responsabilidad del mundo privado en el combate contra la corrupción en su artículo “El papel de las empresas es fundamental en esta materia” para quien este proyecto no es sino una de las formas como el Perú pretende incluirse dentro de la OCDE. Ver en <http://www.eychile.cl/Sala-Prensa/Detalle/351#>. Última consulta el 19 de marzo del 2016, 18h00.

e.- La Convención de Viena de 1988: Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas; Convenio de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1989; Convención de Palermo de 2000: Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada; Convención de Mérida de 2003: Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. De igual forma también se han adoptado las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).⁶⁸

A diferencia de otros paises latinoamericanos que si la contemplan, en este país no existe en la normativa interna un régimen de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas por delitos cometidos en función del espectro típico penal vigente.

Un avance significativo, aunque insuficiente, realizado por Colombia es superar el modelo de responsabilidad penal por actos de corrupción en donde los sujetos activos eran los servidores públicos, a un paradigma de responsabilidad de los actores privados en la comisión de delitos en contra del patrimonio, recursos y correcta administración del Estado. Este cambio de modelo fue establecido por la expedición del Estatuto Anticorrupción en respuesta a la fuerte presión ejercida por la comunidad internacional tras la firma de Colombia de las Convenciones contra la corrupción de la ONU y de la OEA, en las que se obligó a adoptar una serie de medidas destinadas a impedir el fenómeno de la corrupción.⁶⁹

Este Estatuto Anticorrupción contiene recomendaciones para que las empresas construyan modelos de buenas prácticas empresariales. Ade-

68 Carlos Fradique Carlos, Rodríguez M, Kure Carlos. Publicación sobre el desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Chile. En *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Autores, Pedro H. Serrano Espelta. Autores Editores. Bogotá. 2015. p.92.

69 Artículo titulado "Alcances y limitaciones del Estatuto Anticorrupción: recomendaciones para una reglamentación efectiva y eficaz", publicado por la revista digital *KAS papers* N° 14 de diciembre 2011. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. <http://www.kas.de/wf/doc/6983-1442-4-30.pdf>. Última consulta 19 de marzo del 2016, 20h11.

más se incluyen como delitos el soborno transnacional y en el Art. 34 consta la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos cometidos por su representante legal sobre quien pesa la responsabilidad penal y la medida sancionatoria, o realizado por sus administradores, directa o indirectamente. En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.⁷⁰ El régimen administrativo de las sanciones impuestas a las personas jurídicas está a cargo de la Superintendencia de Sociedades de Colombia quien se encarga de establecer la responsabilidad administrativa de las personas morales.⁷¹

La nueva ley, impulsada por la Superintendencia de Sociedades y la Secretaría de Transparencia de la Presidencia, establece un régimen administrativo sancionatorio para las personas naturales y jurídicas que participen en la conducta de soborno transnacional y complementa el tipo penal de cohecho contenido en Código Penal.

⁷⁰ Estatuto Anticorrupción. Artículo 34 “... Medidas contra personas jurídicas. Modificado por el art. 35, Ley 778 de 2016. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público.....

⁷¹ Ley No. 1778 del 2 de febrero del 2016 “por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”. Ver en <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf> Ultima consulta 19 de marzo del 2016, 11h01.

En ese sentido, la norma señala que las personas naturales que incurran en soborno transnacional tendrán prisión de entre nueve y 5 años y multa de entre 650 y 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En el caso de las personas jurídicas que incurran en este delito, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas hasta de 200.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando éstas, por medio de uno o varios de sus empleados o administradores, sobornen a un servidor público.

“El proyecto establece una serie de beneficios que pueden ser concedidos a quienes colaboren eficazmente en la sanción del soborno transnacional y señala los medios de asistencia jurídica a los cuales pueden acudir las superintendencias”, resaltó el superintendente de Sociedades, Francisco Reyes Villamizar.

El mencionado régimen sancionatorio queda a cargo de la Superintendencia de Sociedades para todas las personas jurídicas, así como las personas naturales que actúen en beneficio de las mismas, a excepción de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Así mismo, el proyecto señala las entidades que pueden ser sancionadas, así como las multas que pueden ser impuestas, los criterios para graduarlas y el procedimiento a aplicar. También establece los beneficios que pueden ser concedidos a quienes colaboren eficazmente en la sanción del soborno transnacional y señala los medios de asistencia jurídica a los cuales pueden acudir las superintendencias. La entrada en vigencia de la Ley de soborno transnacional representa un paso fundamental hacia el ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Mediante la Ley 1573 de 2012, el Congreso de la República aprobó la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extran-

jeros en transacciones comerciales internacionales”, como parte de los compromisos asumidos con la OCDE. Esta convención impone una serie de obligaciones al Estado colombiano, entre las cuales se encuentra, justamente, complementar el ordenamiento jurídico para sancionar efectivamente a las personas naturales y jurídicas que incurran en actos de soborno transnacional.

Para efectos de esta tesis, las razones que impulsaron al gobierno colombiano para la expedición de este Estatuto Anticorrupción podemos mencionar las siguientes:

.- La meta trazada por el Gobierno en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 de incrementar la inversión extranjera directa a 13 billones de dólares para el final del período, e ingresar a la OCDE.⁷²

2.- Para cumplir con los deberes contraídos por el país en su interés por ingresar a la OCDE. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y en esta convención, su artículo 6° insta para que los Estados parte tengan órganos encargados de prevenir la corrupción, el artículo 3 propugna por la participación de la sociedad en la prevención y lucha contra la corrupción, el artículo 38 consagra la cooperación entre los órganos públicos y los encargados de investigar y enjuiciar y el artículo 39 consagra la cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado.⁷³

⁷² Artículo titulado Alcances y limitaciones del Estatuto Anticorrupción: recomendaciones para una reglamentación efectiva y eficaz. publicado por la revista digital *KAS papers* N.14 de Diciembre 2011. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. <http://www.kas.de/wf/doc/6983-1442-4-30.pdf>. Última consulta 19 de marzo del 2016, 20h11. Igual afirmación realiza Balmaceda R y otros. consecuencias jurídicas penales en contra de las personas jurídicas en Colombia y políticas de prevención del delito en las empresas: una mirada al modelo chileno. Revista Dikaion Universidad de la Sabana. SciELO Colombia- Scientific Electronic Library Online. <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/565/3903>. Última consulta el 19 de marzo del 2016, 21h21.

⁷³ DECRETO 4632 DE 20 (Diciembre 09) que expide el Estatuto Anticorrupción.. Considerando primero. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44953#0>. Última consulta 20 de marzo del 2016, 20h32.

3.- El informe presentado por el Barómetro Mundial de la Corrupción realizado por Transparencia Internacional, año 2009, ubica a Colombia en el puesto 74 entre 189 países objeto de evaluación desnudando la necesidad de reformular e implementar una política de anticorrupción en Colombia.⁷⁴

Caso de Chile

Chile tiene a su haber la suscripción y ratificación de varios convenios y tratados internacionales en relación con la corrupción:

a).- La Convención Interamericana Contra la Corrupción aprobada por el Congreso Nacional en 1996.

b).- La Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y su anexo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), aprobada en 2001,

c).- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, promulgada en 2006,

d).- La Convención de Naciones Unidas ratificada en mayo de 1990, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, también denominada “Convención de Viena”.

e) La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia, organizada transnacional y sus protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”.

También conocida como la “Convención de Palermo”, aprobada aprobada en febrero del 2005.

⁷⁴ Presentación del Estatuto Anticorrupción realizado por German Vargas Lleras, Ministro del Interior y de Justicia de Colombia. http://www.contraloriagen.gov.co/documentos/o_36/49245504/cartilla-estatuto-anticorrupcion.pdf/aa1f4544-3756-40be-9f3e-6cdbec1197ef. Última consulta el 20 de marzo del 2016, 20h30.

f).- El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobada en septiembre del 2002.

g) Chile es miembro activo del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), hoy denominado Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), desde el año 2000, encargada de promover la implementación políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. GAFISUD.

e). La legislación chilena tiene una normativa amplia y abundante en relación con la lucha anticorrupción. Por ejemplo en el Código Penal, artículos 220 y siguientes). En la Ley Núm. 20.393, que establece “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por los delitos de cohecho, lavado de activos y financiamiento de terrorismo”. La Ley Núm. 18.314, la cual penaliza las conductas de terrorismo y su financiamiento; y Ley Núm. 20.285, sobre acceso a la información pública.⁷⁵

La Ley N. 20.393 se promulga el 25 de noviembre del 2009 y establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. Esta ley no solo regula la responsabilidad penal de las personas morales sino que prevé un sistema preventivo de delitos en los entes corporativos que incluso pueden ser eximentes de responsabilidad.

Lastimosamente los delitos que pueden ser imputados a las personas jurídicas es muy reducido: el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionario público nacional o extranjero. El lavado de activos puede dar lugar a varios otros tipos de delitos que igualmente estarían reprimidos por esta ley, como es, el uso de información privilegiada en el mercado de valores, la obtención de créditos en base a antecedentes falsos o incompletos, con perjuicio a las instituciones financieras.

⁷⁵ Marcelo S. Gerstner, Allamand Nicolás. Publicación sobre el desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Chile. En *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Autores, Pedro H. Serrano Espelta. Autores Editores. Bogotá. 2015. pp. 57-88.

El sistema de prevención de ilícitos puede funcionar exime de responsabilidad penal efecto que permite también evitar la relación con otro tipo de delitos que generalmente forman parte de la actividad empresarial, como es el caso de los delitos tributarios, informáticos, salud, secretos de empresa.

La normativa chilena implementa un sistema completo de responsabilidad penal de las personas jurídicas incluido los aspectos procesales de juzgamiento que generalmente se encuentran ausentes en otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Sin pretender extendernos en este análisis sabemos que el sistema de responsabilidad adoptado por la legislación chilena es un modelo atenuado de responsabilidad derivada en el que coexiste una relación formal entre el hecho delictivo de la persona natural y un aporte al mismo realizado por la entidad moral al estar organizada y estructurada de tal forma que favorece la comisión de delitos. La responsabilidad por defecto de organización es introducida por la legislación chilena.

Pues bien, la ley chilena ha abrazado precisamente un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por “defecto de organización”.

Es indudable que la promulgación de esta ley tiene como objetivo la mejora posicional de Chile frente a la OCDE al dar cumplimiento a sus recomendaciones para la implementación de un “...nuevo modelo de autorregulación de la empresa que se puede transformar en una interesante ventaja competitiva...”⁷⁶

⁷⁶ Gonzalo Fernández. Gonzalo. Oportunidades de la Ley de Responsabilidad Penal de las Empresas en Chile. <http://www.carey.cl/news-alert-n3-agosto-2010/#.Vu4oWuJ96Ul>. Última consulta el 9 de marzo del 2016, 11h35.

Esta sorpresiva, para unos, el hecho de que la implementación legal de responsabilidad en Chile no responde sino al marcado interés del gobierno por cumplir con las exigencias de la OCDE como paso previo a su incorporación ‘...porque, en efecto, atendido el conocido desinterés del legislador chileno por atacar la criminalidad de empresa, la postura poco entusiasta y más bien renuente del conjunto de la doctrina nacional hacia la punibilidad de las personas jurídicas⁶ y la escasez previa de iniciativas legislativas en ese sentido,⁷ sin el factor externo hubiera sido apenas imaginable un giro tan radical. No es casual, entonces, la importancia que el Mensaje del Ejecutivo (Boletín 6423-07) le atribuye no ya al cumplimiento de compromisos internacionales, sino específicamente al inminente ingreso como miembro pleno de la OCDE, importancia que se destacó a lo largo de toda la tramitación. No es otra cosa lo que explica que un proyecto tan complejo y sobre una materia tan delicada se haya despachado íntegramente en escasos siete meses de tramitación parlamentaria, justo a tiempo para exhibirlo a la OCDE: se trataba de un “desafío-país” que había que superar a como diera lugar...curiosamente la Convención no prescribe el establecimiento de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino sólo que las sanciones que en virtud de la misma se impongan a dichas personas sean “eficaces, proporcionadas y disuasivas”.⁷⁷ Nuevamente estamos ante un caso de priorización de la política comercial sobre la política criminal para la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Caso Argentina

Según José Daniel Cesano⁷⁸ a partir de la reforma constitucional de 1994 y la recepción del principio de máxima jerarquía normativa a los

⁷⁷ La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile*

Dr. Hernández B Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Revista Política Criminal*, versión On-line ISSN 0718-3399. Polít. Crim. v.5 n.9 Santiago jul. 2010. Scielo Chile.

⁷⁸ Cesano Daniel. La responsabilidad penal de la persona jurídica en los artículos 2 y 3 del Protocolo de Defensa de la competencia del Mercosur: un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional. En *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Coordinador Luis Miguel Reina. ARA Editores EIRL. Perú. 2005. pp. 533 a 550.

tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos el principio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un inmenso escollo de carácter constitucional. No aprueba las exigencias del principio constitucional de culpabilidad. Incluso esta limitación ha sido considerada clave a la hora de aceptar alguna recomendación de tipificación en contra de las personas morales por parte del MERCOSUR.

En Argentina ha existido una poderosa corriente dogmática que ha negado la posibilidad de sancionar penalmente a una persona jurídica porque no tiene capacidad de acción, falta la substancia psíquica, se deforma la naturaleza de las cosas y el concepto de conducta que puede lesionar el principio de responsabilidad personal.⁷⁹

Está confirmado⁸⁰ que la Argentina ha aprobado los siguientes convenios internacionales contra la corrupción:

a.- La Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA, Organización de Estados Americanos), adoptada por la OEA el 29 de marzo de 1996 y aprobada por la República Argentina mediante Ley 24.759, promulgada el 13 de enero de 1997.

b.- La Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), suscripta en París, el 17 de diciembre de 1997 y aprobada por la República Argentina, mediante Ley 25.399 (publicada en el Boletín Oficial el 18/10/00).

c.- Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (ONU, Organización de Naciones Unidas), aprobada por Resolución N° 58/4 de la

⁷⁹ Zaffaroni Eugenio. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ediar. Buenos aires. 2005. p. 323.

⁸⁰ Documento titulado "La República argentina sanciona el soborno a funcionarios públicos extranjeros. La República Argentina y la lucha contra la corrupción en el marco de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE...". <http://inversiones.gov.ar/userfiles/ocde-folleto-soborno.pdf>. Última consulta 20 marzo 2016, 11h29.

Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31 de octubre de 2003, suscripta en Mérida, México el 10 de diciembre.

En relación con la legislación sobre lavado de activos y financiación del terrorismo los Convenios internacionales suscritos y ratificados por Argentina son:

a.- El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, del 9 de diciembre de 1999, expedido por la por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por la Ley Núm. 26.024 sancionada en el año 2005. Este convenio establece la obligación de emitir normas internas para la tipificación penal de los delitos establecidos en este convenio.

b.- La Convención Interamericana Contra el Terrorismo, adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 3 de junio de 2002, fue aprobada por la Ley Núm. 26.023 del 2005. Esta convención tiene como objeto prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo. 15 Para tal fin, cada Estado Parte deberá establecer un régimen jurídico y administrativo para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo y crear una estructura jurídica interna de supervisión a las instituciones financiera.

Argentina tiene el status de país observador en el ámbito general de la OCDE, pero es miembro pleno del Grupo de Trabajo sobre Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales y recién el 24 de octubre de 2014 el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) excluyó a Argentina de la lista gris de países con deficiencias en la lucha contra el lavado de capitales y el financiamiento del terrorismo.

En los Artículos 256, 257 y 258 del código Penal y en la Ley Núm. 25.246, aprobada en el año 2000, trata el Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo y la Financiación del Terrorismo en las que se introducen los delitos recomendados por las convenciones aprobadas y la obligación de adoptar políticas de Compliance, para las personas jurídicas, pero sin adoptar un régimen directo de la responsa-

bilidad penal de las personas jurídicas como agentes activos del delito, sujetas a un proceso penal con consecuencias punitivas en contra de ellas. Los impedimentos constitucionales y el nivel de conciencia valorativa social del papel de las empresas en los delitos económicos solo han permitido adaptar su legislación al diseño de un sistema de sanciones de carácter administrativo en contra de las personas jurídicas por los delitos objetos de recomendación por los instrumentos internacionales

Caso Costa Rica

Aunque Costa Rica es uno de los países que no es parte del convenio con la CDE algunos de los convenios internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica son los siguientes:

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Pese a que Internamente ha implementado una serie de leyes que se encuentran estructuras dentro de un marco de control anticorrupción bien definido, como por ejemplo, Ley Núm. 8422- “Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública” (2004); Ley Núm. 8204 - “Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas; Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas y Financiamiento al Terrorismo” (2002); c) Ley Núm. 8754 - “Ley Contra la Delincuencia Organizada” (2009); d) Ley Núm. 8292 - “Ley General de Control Interno” (2002), entre otras, sin embargo en costa rica no existe un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas aunque existen proyectos que forman parte de un plan de ingreso a la OCDE en la que la responsabilidad penal de las empresas será una exigencia de este organismo previa a su admisión como miembros.⁸¹

⁸¹ Juan Carlos Tristán Juan y Salas Mauricio. Publicación sobre el desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Costa Rica. En *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Autores, Pedro H. Serrano Espelta. Autores Editores. Bogotá. 2015. pp. 57-88. Págs. 119.

Caso de la Republica de El Salvador

La Republica de El Salvador tiene suscrito y ratificado varios convenios internacionales como: La Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica – XVII Cumbre de Presidentes. En materia de lavado de activos y combate al terrorismo tiene suscrito el Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. Vigente desde 1999,

Entre la normativa interna desarrollada por El Salvador podemos identificar Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. Vigente desde 1999; el Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos. Vigente desde el año 2000 y un Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y Activos. Vigente desde junio de 2013,

En relación con el terrorismo, El Salvador ha promulgado la Ley Especial contra Actos de Terrorismo, en 2006. El ordenamiento jurídico de la Republica de El Salvador tampoco reconoce la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. El art. 38 del código Penal salvadoreño establece la responsabilidad penal para los representantes legales o de hecho en la comisión de delitos y una responsabilidad civil subsidiaria especial y en el caso de los delitos de cohecho, es responsable solidaria.

Caso Guatemala

Guatemala ha suscrito y ratificado varios convenios internacionales en materia anticorrupción: la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención Mundial de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de cuyas recomendaciones se ha hecho eco para la reforma e inclusión de varios tipos penales relacionados con el tema de la corrupción, lavado de activos y terrorismo.

En materia de lavado de dinero y financiación del terrorismo ha expedido la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, 2001, la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, la Ley Contra la Delincuencia Organizada y la Ley de Extinción de Dominio, 2010. En el Artículo 38 del código Penal se tipifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un mecanismo de responsabilidad accesorio a la responsabilidad de los gerentes y representantes de la persona moral.

Caso Honduras

Honduras ha suscrito varios convenios internacionales, entre ellos podemos resaltar:

- a.- La Convención Interamericana contra la Corrupción, 1998.
- b).- La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2003.
- c).- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005.
- d.- La Convención Internacional de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1991.
- e).-La Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, 2003.
- f).- La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2003).
- g).- La Convención Interamericana contra el Terrorismo, 2004.

Internamente Honduras ha desarrollado varias leyes como la Ley Contra el Delito de Lavado de Activos, la Ley Contra el Financiamiento del Terrorismo, la Ley sobre Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito, entre otras.

El establece un sistema de responsabilidad penal accesoria para las personas jurídicas, según el Art 12 del Decreto No 45-2002, que establece que en forma independiente de la mente de la responsabilidad penal de los directivos, gerentes o administradores, cuando constituya practica institucional de una empresa la perpetración o facilitación de los delitos tipificados en este decreto, se sancionara a la persona jurídica con el cierre definitivo y multa del cien por ciento del monto de lo lavado.

Caso Nicaragua

Los tratados internacionales suscritos y ratificados por Nicaragua en relación con la lucha anticorrupción son, entre otros:

a.- La Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo del año 2000).

b.- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2005.

c.- La Convención Interamericana contra la Corrupción, 1999

d.- En materia de lavados de activos y terrorismo Nicaragua tiene suscrito y ratificados la Convención Internacional de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo del año 2000 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

El Art. 113 del Código Penal de Nicaragua reconoce la existencia de consecuencias accesorias sobre la persona jurídica cuando el hecho delictivo se cometa en el ámbito de una persona jurídica o en beneficio de ella. el Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente y cuando en el caso concreto resulten necesarias, una o varias de las siguientes con-

secuencias accesorias, En definitiva, la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas es un proyecto que todavía no se evidencia en esta legislación. En el mismo sentido prescribe el Art. 51 del Código Penal de la República de Panamá estableciendo una serie de sanciones a la persona jurídica cuando esta ha sido usada o creada para cometer delito, siempre que sea beneficiada por él.

Caso Uruguay

La Republica del Uruguay mediante Ley 18.056 ratifica la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. De ella se derivan leyes como la Ley 18.056, complementada por la Ley 17.060, Código Penal y del Código Civil, la Ley 15.032, la Ley 18.914 (Lavado de Activos), la Ley 18.315 (Procedimiento Policial) y las Leyes 15.322 y 17.948 relacionadas al secreto bancario, entre otras.

En este contexto definitivamente la legislación interna uruguaya descarta terminantemente la idea de establecer un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por impedimento constitucional relativo al principio de culpabilidad. En su lugar tiene un sistema muy drástico de responsabilidades administrativas tanto para personas física como para las personas jurídicas.

Conclusiones

1.- Son varios los aspectos a destacarse en relación con el papel cada vez más preponderante en las relaciones económicas jurídicas realizadas en el contexto de la globalización.

Las personas jurídicas están en el medio de las grandes transacciones comerciales-mercantiles y son sujetos activos determinantes en los flujos financieros del mundo. Los delitos más graves cometidos en el ámbito de estos aspectos han sido eventos en los que han estado involucrados estos entes corporativos.

Las actividades ilícitas de las corporaciones tienen la particularidad de causar grandes impactos a las economías y regiones del mundo y su complicada estructura organizativa no permiten visualizar ni individualizar las decisiones delictivas que toman los entes físicos que la dirigen sea por el carácter trasnacional de sus centro de producción y comercialización sea por su complejo entramado orgánico funcional.

Este escenario de impunidad ha sido alertado por la comunidad internacional de estados que preocupados por la incidencia cada vez mayor del papel real y potencial de las empresas jurídicas como sujetos del delito han configurado un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas con el fin de que tengan efectos disuasivos dada la gravedad de las sanciones previstas, la posibilidad de control internacional con estructuras de supervisión que les conmine a cumplir con la ley, sin perjuicio del grave daño a su reputación comercial.

Previamente se ha constatado que los ordenamientos jurídicos nacionales presentan una amplia gama de regímenes de responsabilidad de las personas jurídicas que van desde aquellas que no contemplan régimen de responsabilidad alguno hasta aquellas que tienen un sistema muy efectivo de responsabilidad penal.

Ha habido antecedentes previos que impulsaron la firma de Convenios internacionales que ya recomendaban y alertaban a los estados implementar regímenes de responsabilidad penal a los entes corporativos; por ejemplo las resoluciones y diagnósticos sobre la potencialidad de las empresas en los delitos económicos, puntos 61 y 76 de las nuevas dimensiones de la criminalidad . Igualmente recomienda le GAFI en relación con la participación de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos.

El noveno congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente realizada en el Cairo en 1995, en el Punto 4, hace referencia a la resolución 1994/15 del Consejo Económico y Social mediante la cual recomienda a los estados medidas convenientes

y proporcionadas a la magnitud y gravedad de los problemas que afectan al medio ambiente, teniendo en cuenta la función que corresponde al derecho penal en la protección ecológica y en la delincuencia organizada internacional.

De manera similar plantea la OCDE en los convenios sobre combate a la corrupción que obliga a implantar regímenes de responsabilidad penal de las personas jurídicas por cohecho imponiéndoles sanciones penales, civiles o administrativas, eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo sanciones pecuniarias.

A nivel de las convenciones, las más ejemplificativas en relación con la imposición de regímenes de responsabilidad penal corporativa es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, 15 de noviembre del 2000, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo del 2.000, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2003, Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, OCDE (1997), París, 17 de diciembre de 1997, y Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, Viena, 1971; y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias, Viena, 1998, entre otras, las mismas que adoptaron un esquema hasta cierto punto similar o estandarizado de la cláusula de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en donde se constituye un compromiso obligatorio la adopción de los estados partes de un sistema de responsabilidad corporativo de carácter penal, civil o administrativo, con sanciones proporcionales, eficaces disuasivas, que marcaron un hito importante en la adopción de convenciones internacionales de carácter regional y comunitario que afinaron estas aspiraciones de las Organización de las Naciones Unidas y sus diferentes órganos.

2.- En este sentido Heine reduce la importancia del nombre que puedan adoptar los sistemas normativos de responsabilidad penal corporativo puesto que lo verdaderamente importante son los requisitos

sustanciales para la imposición de sanciones a las empresas. Es decir, se deja de lado las consideraciones sistemático-dogmáticas y se prioriza los objetivos pragmáticos pensados en asegurar los derechos fundamentales de las empresas desde una estructura común de concebir la culpabilidad más allá de las etiquetas de sanciones administrativas o penales que adquieran.

En resumen, si lo que se trata es de hacer justicia por la creación de riesgo no evitados por las empresas y además conseguir una motivación que fortalezca su conciencia ética social orientada a que cambien su sistema organizativo y controlen de manera más efectiva los riesgos que generan con sus actividades, los modelos propios del derecho administrativo sancionador, o los modelos que adoptaron la responsabilidad objetiva, medidas de seguridad y del sistema basado en multas, no han sido suficientes para cubrir los grandes vacíos de punibilidad no llenados por el régimen de responsabilidad individual ni han sido suficientes para enfrentar las necesidades político-criminales de los estados, por lo que debe pensarse en la construcción y diseño de un sistema de imputación penal propio y adecuado para las personas jurídicas sobre la base del juzgamiento por hecho propio, aunque la normativa alemana e italiana desvirtúen estos fundamentos por la efectividad mostrada por sus modelos administrativos, cuasi penales dirían muchos, de responsabilidad de las personas jurídicas.

De todas formas y a nuestro entender el edificio en remodelación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los países europeos y en Estados Unidos tiene raíces profundamente empíricas con ensayos sancionatorios que han motivado un crecimiento legislativo de solución al problema delictivo generado por las empresas privadas, especialmente dentro del ámbito del derecho económico.

3.- Como conclusión final podemos afirmar que, luego del análisis de estas convenciones internacionales y regionales, se constata que lastimosamente no es un imperativo directo la exigencia de la norma internacional para la adopción de la responsabilidad penal de las perso-

nas jurídicas en las legislaciones penales de los países miembros. Las sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas es una expresión que busca asociar el éxito de un derecho sancionador o punitivo con la lucha emprendida por la comunidad internacional contra la corrupción dentro del marco general del enfrentamiento al crimen organizado. No es solo la represión el norte político de estas convenciones sino también la adopción obligatoria de ciertos estándares de conducta por parte de las empresas y personas jurídicas para legitimar sus actividades comerciales con el mercado nacional e internacional. De tal forma que, como ya habíamos hecho referencia antes, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y las mismas Naciones Unidas (NNUU) han impulsado la firma de convenios y tratados en contra de la corrupción para lograr relaciones comerciales en las que el papel de las personas jurídicas, como actores destinados a lograr procesos de cooperación e integración transparentes, es cada vez más preponderante

4.- A modo de conclusión podemos mencionar que "...a diferencia de la Unión Europea el MERCOSUR no ha creado un sistema institucional supranacional, ni un orden comunitario. Sólo se podría caracterizar como una unión aduanera y zona de libre comercio aún incompleta. Ninguna de las normas que constituyen el MERCOSUR transfieren atributos de la soberanía de cada Estado en pos de una estructura ubicada por sobre los gobiernos los Estados partes..." . Según este sistema toda la producción de normas penales, entre las que consta el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es atribución exclusiva de los países miembros del Mercosur concierne exclusivamente a los Estados partes, dejando sin competencia directa a los órganos comunitarios. Sin embargo, el proceso de integración económica comercial genera una dinámica propia que incurre en el tratamiento de las infracciones penales y en la responsabilidad corporativa por varios mecanismos que buscan el acercamiento de las legislaciones nacionales bajo formas de cooperación en la armonización de la leyes de los países miembros y en la unificación de las definiciones y tratamiento de las infracciones penales con incipientes mecanismos de aplicación del

poder sancionatorio en manos de organismos de la misma comunidad de naciones.

5.- En conclusión, no existe entre sus objetivos la búsqueda de mecanismos de unificación u homologación legislativa en materia penal ni hace alusión al papel que pueden jugar las personas jurídicas en el control de este tipo de delincuencia. Solo se mantiene a nivel de cooperación y coordinación en materia judicial e investigativa.

El problema es que el Tratado de la UNASUR debe asumir procesos de optimización en cuanto a establecer prioridades que vayan de la mano de su estructura jurídica, como por ejemplo la solución de controversias en manos de entes eminentemente políticos como el consejo de ministros, o un incipiente sistema de producción de normas de obligatorio cumplimiento. En este punto tiene razón Silvana Insignares Cera cuando dice que *"...respecto a la naturaleza de la UNASUR, debe destacarse que si bien sus características se asemejan más a la cooperación o constitución de un foro político, en su preámbulo y en sus objetivos se define como un espacio en el que se desarrollará una integración en lo social, económico y político entre los pueblos de los Estados partes..."*. Muchos críticos coinciden en que la naturaleza política que prima en las actuaciones de la UNASUR genera desconfianza en determinadas iniciativas de homogenización como la creación de la Corte Penal del Unasur para el juzgamiento de los delitos transnacionales como el tráfico de drogas, lavado de activos, trata de personas, tráfico de migrantes y otros más; y la iniciativa ecuatoriana para la creación del centro de soluciones de controversias para los tratados de inversión que reemplazaría al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones)

6.- La temática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en ninguno de estos instrumentos comunitarios ha sido tratada en forma directa pese a que las legislaciones nacionales de los países miembros ya tienen introducidas en sus sistemas penales esta institución. La mayor parte de estas decisiones prevén un sistema de coope-

ración política, institucional, policial y de los sistemas jurisdiccionales para un tratamiento más efectivo a los flagelos de la delincuencia internacional organizada, en el tráfico de drogas, lavado de activos, entre otros.

Sin embargo es importante mencionar que Plan Andino de Cooperación para la Lucha Contra las Drogas Ilícitas y Delitos controlado por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores es el órgano responsable de la definición, coordinación y seguimiento del Plan elabora un Programa de Acción aprobado mediante Decisión del mismo Consejo que tiene por misión establecer los Planes Operativos para la ejecución del Programa de Acción lo reportara Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores las recomendaciones respectivas. Entre estos planes se encuentra como estrategia promover la armonización de las legislaciones nacionales en materia de derecho penal y procesal penal en los países de la CAN.

Concretamente en relación con el Plan Andino de Cooperación para la Lucha Contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos. La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en el Art. 6, como estrategia del Grupo de Acción dependiente del Consejo de Ministros, órgano legislativo de la CAN, pretende una armonización en este campo de las legislaciones nacionales de cada estado miembro. El Programa de Acción, en relación con el lavado de activos adopta como estrategia "...6.- Tipificar como delito autónomo el lavado de activos, de manera tal que incluya otras conductas delictivas (robo de vehículos, extorsión, secuestro, trata de blancas, tráfico de órganos y tráfico de armas)..." que son delitos en los cuales las personas jurídicas constituyen un factor criminógeno importante muy difícil de ignorar en el momento en que los procesos de armonización legislativa implementada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la CAN se concreten en decisiones de cumplimiento obligatorio por parte de las legislaciones internas de cada país miembro.

7.- Finalmente, luego de un repaso del sistema legal de la Comunidad

Andina de Naciones podemos constatar que este convenio sub regional comenzó como una proyecto de integración económico comercial pero que hasta la actualidad ha alcanzado un desarrollo de la normativa comunitaria que abarca varios aspectos complementarios y relevantes en la vida de los pueblos andinos. Los desafíos de la globalización económica y tecnológica implica la presencia de un cumulo de riesgos que dejaron de ser potenciales para transformarse en una dura realidad que pone en peligro los cimientos democráticos de estos países caracterizados por los serios déficits de estabilidad democrática. La delincuencia y transnacional y la presencia de corporaciones privadas, con mayor peso relativo en los órganos decisionales de los países miembros y como actores principales en el tráfico comercial, han llevado a la comunidad andina a preocuparse de armonizar sus legislaciones frente al reto de enfrentar al tráfico de drogas, lavado de activos, trata de personas, violación de los derechos humanos, delitos financieros, la ciber delincuencia, la evasión de impuestos, el contrabando, en los que las personas jurídicas juegan un papel importante en la dinámica de integración y en el engranaje de la delincuencia empresarial. Claro que este tema no ha sido abordado directamente por la normativa comunitaria, recuérdese que el mismo proceso tuvo la Unión Europea, sino que la fuerza de los acontecimientos va perforando las barreras y las limitaciones de las decisiones y resoluciones comunitarias que terminaran encontrándose en poco tiempo de un macro proceso de unificación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

8.- Los sistemas penales de Latinoamérica no afrontan con decisión la implementación de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas ni tampoco están dispuestas a consagrar un proceso de homogenización en el tratamiento de estos entes colectivos a nivel regional. Los países Latinoamericanos han emprendido un proceso de creación, implementación, adaptación y hasta simulación de un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas obligados por los intereses comerciales y financieros que tienen en el contexto internacional, por conveniencias económicas y de prestigio en el concierto internacional.

Los sistemas sancionadores a las personas morales pueden ser de carácter penal, administrativo o civil o una combinación de ellos buscando que las sanciones sean disuasivas, efectivas y proporcionales. Algunos países han adoptado un sistema sancionador que a más de las sanciones penales, administrativas y civiles conminan a que las personas jurídicas adopten un sistema preventivo, Compliance, de autocontrol que mejore los niveles de confianza en la administración de la empresa.

Un sistema de responsabilidad penal por hecho propio de las personas jurídicas parece que tienen como antecedente la implementación previa del sistema de actuar por otro. La responsabilidad por hecho ajeno predominó en las legislaciones de varios países latinoamericanos hasta que fueron evolucionando a formas de responsabilidad más directas e independientes del accionar de gerentes o representantes legales.

Los países considerados más desarrollados de Latinoamérica (Brasil, México, Argentina, Colombia), con una presencia comercial importante a nivel regional y mundial, no cuentan con un régimen de responsabilidad directa de las personas jurídicas bajo el argumento de que su implementación violaría principios constitucionales relacionados con los derechos humanos y especialmente el principio de culpabilidad constitucional.

Que los países considerados de mediano desarrollo económico en la región tienen sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas de carácter accesorio, es decir, cuando previamente exista una responsabilidad penal por los hechos del representante legal o de hecho del ente corporativo y no por un hecho independiente imputable a la persona jurídica con prescindencia de la persona física que lo represente.

Es cierto que varias convenciones a las que se han adherido los países latinoamericanos contemplan regímenes de sanciones a las personas jurídicas sin que esto signifique necesariamente que sean de carácter

penal sino admiten la posibilidad de que puedan ser de índole administrativa o civil, sin que por ello sean inconstitucionales. El mismo Artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Artículo 10 de la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional estatuyen como deber de los estados el adoptar criterios de responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos de corrupción independientemente de la responsabilidad que le corresponda a las personas físicas que participaron en el hecho.

Finalmente, la mayoría de los países latinoamericanos han adoptado diferentes matices de responsabilidad penal de las personas jurídicas presionadas por las circunstancias de dar cumplimiento a los tratados y convenios internacionales, especialmente los relacionados con el combate a la corrupción, para lograr un acceso mediato a la OCDE dado el prestigio que significa pertenecer a esta organización.

No ha sido la preocupación del papel preponderante que juega la empresa o persona jurídica en el contexto de los marcos de integración económica/política latinoamericana o mundial los que han motivado la adopción del sistema de responsabilidad penal de las personas morales, ni siquiera motivaciones de política criminal porque los países de la región siempre han carecido de una. Entonces las motivaciones para el diseño de una estructura sancionatoria penal a las personas jurídicas más bien tiene sus justificaciones en razones de política económica y comercial encaminada a lograr acceso a mercados de bienes y capitales tan necesarios en la estos países, para lo cual el acceso a la OCDE no es sino la puerta de ingreso a un sistema mundial en el que confianza es la base de las relaciones comerciales y financieras.

Bibliografía

ABATO VÁSQUEZ, Manuel. "Responsabilidad Penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares. Centro de Investigación interdisciplinaria". En *Derecho Penal Económico*. www.ciudpe.com.ar consultado por última vez el 16 de enero del 2013.

AGOES Carmen. "Armonización Penal en Europa". *Revista European Inklings (EUI)*. Número 2, 2013.

BAJO FERNÁNDEZ M. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Aranzadi. Pamplona. 2012.

ÁLVAREZ Alejandro. "La internacionalización del Derecho Penal: El ejemplo del Mercosur". Biblioteca Jurídico Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Sitio disponible <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr27.pdf>. Última consulta 28 de febrero del 2016, 10h55.

ALVAREZ Velasco C. "Los retos que enfrenta el Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas de UNASUR". Informe del IDPC. Julio de 2012. Sitio disponible http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del/los-retos-unasur.pdf. Última consulta marzo 5 del 2016 a las 19h52.

ANITUA, Gabriel I. *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires. Del Puerto, 2005. p. 304.

BARBA Paul. *La responsabilidad penal de las personas morales*. Editorial Porrúa. México", 2015

BALMACEDA R. y otros. "Consecuencias jurídicas penales en contra de las personas jurídicas en Colombia y políticas de prevención del delito en las empresas: una mirada al modelo chileno". *Revista Dikaion* Universidad de la Sabana. SciELO Colombia- Scientific Electronic Library Online. Sitio disponible <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/5165/3903>. Última consulta el 19 de marzo del 2016, 21h21.

BASIGALUPO Silvina. "Ética Empresarial y Responsabilidad Penal de la Empresas". I/D. *Acciones Estratégicas*, DER 2008/5867/.

BACIGALUPO Enrique. “El Derecho y la integración”. Sitio disponible. <http://derechopenalmarginal.blogspot.com/2016/02/el-derecho-y-la-integracion-economica.html>. Última consulta 13 de febrero del 2016, 10h09.

BACIGALUPO S., Lizcano J. *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*. Colección de estudios N. , Serie: análisis, Área Institucionalidad Democrática. Programa para la cohesión social en América Latina. Cyan. Proyectos Editoriales S.A. Madrid.2013.

BERENSON William. “La estructura de la Organización de los Estados Americanos: una reseña”. Sitio disponible. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YXJkCtCJEA4J:www.oas.org/legal/spanish/ES-TRUCTURA_DE_LA_OEA_Junio_2013.doc+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec. Última consulta el 3 de marzo del 2016, 6h30.

BERNARDI Alesaandro. “Hacia un proyecto de Derecho Penal del MERCOSUR a partir de la experiencia de armonización del Derecho Penal de la Unión Europea”. Dottorato di ricerca in “comparazione giuridica e storico giuridica” curriculum comparazione e sistema penale comunitario ciclo xxv coordinatore prof. Daniele Negri. Università degli Studi di Ferrara. Sitio disponible http://www.mercosur.int/innovaportal/file/4657/ /folleto_institucional_septiembre

CESANO Daniel.” La responsabilidad penal de la persona jurídica en los artículos 2 y 3 del Protocolo de Defensa de la competencia del Mercosur: un caso de tensión entre el ordenamiento comunitario y el sistema constitucional”. Coordinador Luis Miguel Reina. *Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. ARA Editores EIRL. Perú. 2005.

CLAVIJO Camilo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas sin posibilidad de defensa”. Artículo publicado en la Agencia de Prensa Ambiental *INFO REGION*. Lima 22 junio 2015 - 9:02 am. Sitio disponible <http://www.inforegion.pe/20648/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-sin-posibilidad-de-defensa/>. Última consulta el 19 de marzo del 2016, 17h45. <http://www.eychile.cl/SalaPrensa/Detalle/35> #. Última consulta Última consulta el 19 de marzo del 2016, 18h00.

CORTÁZAR, Carlos. *Una evolución necesaria para el derecho punitivo*. Madrid, Civitas, 2001.

CUADRADO María de los Ángeles, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿ un paso hacia atrás?”. *Revista jurídica de Castilla y León*. N. 12, abril 2007.

COURIEL A., Moreira C.” UNASUR: La unidad de América Latina para la cooperación y la integración. En nuevos escenarios para la integración en América Latina”. Coordinadores Consuelo Silva Flores y Carlos Eduardo Martins. CLACSO. Editorial Arcis. Santiago. 2013. Sitio disponible <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20131016025228/NuevosEscenarios.pdf>.

CUESTA A., Pérez A. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados” En armonización Penal en Europa. *Revista Europea Inklings* (EUi). Número 2. Año 2013

CSONKA Peter. “ Armonización del Derecho Penal en la UE”. En armonización Penal en Europa. *Revista Europea Inklings* (EUi). Número 2. Año 2013

DONAIRES Sánchez P. “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado”. Revista digital *Derecho y Cambio Social*. Fecha de publicación: 01 /01 /2013. Sitio disponible http://www.derechoy cambio social.com/revista031/responsabilidad_penal_de las _personas _juridicas.pdf. Ultima consulta 19 de marzo del 2016, 16h32

FERNÁNDEZ Gonzalo. “Oportunidades de la Ley de Responsabilidad Penal de las Empresas en Chile”. Sitio disponible. <http://www.carey.cl/news-alert-n3-agosto-2010/#.Vu4oWuJ96Ul>. Ultima consulta el 19 de marzo del 2016, 11h35.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid, 1995.

———. Criminalidad y globalización. Traducción de Miguel Carbonell. *Estudios de Derecho* vol 65, N.145, Facultad de Derecho y ciencias Políticas, universidad de Antioquía, Medellín, 2008. p. 17.

FRADIQUE C., Rodríguez M., Kure C. “Desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Colombia”. Autores Serrano Espelta y otros. *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Autores Editores. Bogotá. 2015.

- GERSTNER M., Allamand N. "Desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Chile Autores Serrano Espelta y otros. *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Autores Editores. Bogotá. 2015.
- GÓMEZ JARA, Martín, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal, en Víctor Gómez Coordinador, *Política Criminal y Reforma Penal*, Madrid, Ediciones de la Universidad de Madrid, 2007.
- GRACIA Martín, Luis. "El derecho penal ante la globalización económica". Proyecto de investigación SEJ-07811, de la dirección General de investigación del Ministerio de Educación y ciencia. 2008-2011.
- GUARDIOLA Lago J. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del Art. 129 del código Penal". Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.
- HEINE Gunter. "Modelos de responsabilidad jurídica penal originaria de la empresa". En Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ara Editores. Lima, 2012.
- . "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales". <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/heig96.html>. 2005. Última Consulta 4-02-2015.
- . "La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea. En Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas". Carlos Gómez Jara Editor. Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008.
- . "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales". <http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/96/heig96.html>, <http://anticorrupcionoo.tripod.com/sitebuildercontent/sitebuilderfiles/Laresponsabilidadpenaldelasempresas.pdf>. Última consulta 21 de marzo del 2016, 18h32.
- INAKI Lagasabaster Herrate. "Las personas jurídicas y la potestad sancionatoria de la Administración". En Armonización Penal en Europa. *Rev. European Inklings*(EUI). Número 2, 2013.
- INSIGNARES Cera S. "¿Integración regional o cooperación política?". *Revista de Derecho*. N.40. Universidad del Norte. Barranquilla. 2013. Sitio disponible en: <http://www.uninorte.edu.co/revistas/revista-de-derecho>.

- nible C:\Users\Usuario\AppData\Local\Temp\5925-25604-1-PB-2.htm.
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/download/5925/502>
- Informe que consta en *Anales de la Facultad de Derecho* Cuarta Época-Vol. VII- Año 1967 http://www.analesderecho.uchile.cl/CDA/an_der_articulo/o,1361,SCID%253D11257%2526SID%253D78,00.html.
- Matus Juan Pierre. "La Política Criminal de los Tratados Internacionales". Revista on line *Ius et Praxis*. V.13 N.1 Talca 2007, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0012200700010000_0#nota34.2007
- MATUS J., Ramírez C., Castillo M." El delito ambiental en el Mercado Común del Sur. Informe sobre el derecho penal ambiental en el derecho comparado de tradición continental". Sitio disponible http://perso.unifr.ch/de-rechopenal/assets/files/articulos/a_20111206_02.pdf última consulta el 28 de febrero del 2016, 18h57.
- MÉNDEZ Francisco. "La globalización y el estado nacional. Revista global". Fundación global Democracia y desarrollo.2007.Vol4. Santo Domingo. República Dominicana
- MIR PUIG Santiago. "Constitución, Derecho Penal y globalización", Víctor Gómez, Coordinador, *Política Criminal y Reforma Penal*, Madrid, Edisofer, 2007.
- . "Derecho Penal. Parte General". Editorial Reppertor. Octava Edición. 2014.
- Nieto Adán. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo". IUSTEL, Madrid. 2008.
- Nieto Martin A." La responsabilidad penal de las personas jurídicas: oportunidades y retos para la cooperación judicial". En Armonización del Derecho Penal en Europa. Revista Europea Inklings (EUi). Número 2. Año 2013.
- Osorio Moreno, César. "¿Societas deliquere potest o non potest?" www.terragnijurista.com.ar/doctrina/societas.htm, consultado el 2 de enero del 2013.
- Resumen informativo del Encuentro Regional sobre el sector privado y lucha contra la corrupción. Bogotá, marzo del 2013. <http://www.oas.org/juri->

dico/PDFs/enc_resumen.pdf. Última consulta el 17 de marzo del 2016, 20h55.

PICO MANTILLA Galo. *Código de la comunidad Andina*. Segunda Edición. 2008. Sitio disponible <http://centroandinodeintegracion.org/category/tribunal-andino-de-justicia/>. <http://www.eumed.net/libros/gratis/2006c/196/index.htm>. Última consulta 12 de marzo del 2016, 18h30.

PINHEIRO GUIMARÃES Samuel. *La Unión Europea y el fin del Mercosur*. Sitio disponible http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zUv-wIw_EnZYJ:rcci.net/globalizacion/2015/fg2104.htm+%&cd=31&hl=es&ct=clnk&gl=ec. Última consulta el 25 de febrero del 2015, 11h58

PLATA L., Ceballos D. "Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas". *Revista de Derecho de la universidad del Norte*. N.º 31, Barranquilla, 2009. Sitio disponible http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/31/8_NATURALEZA%20JURIDICA%20DE%20LAS%20N.pdf. Última consulta el 3 de marzo del 2016, 4h14.

REBOSSIO Alejandro. *Casos de fraude en siete de cada diez empresas en Latinoamérica*. Sitio disponible <http://blogs.elpais.com/eco-americano/2011/12/siete-de-cada-diez-empresas-en-latinoam%C3%A9rica-dicen-que-sufrieron-fraudes.html>. Consulta última el 16 de marzo del 2016, 19h32.

ROXIN, Klaus. *Problemas básicos del derecho penal*. Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros. Editorial Reus, Madrid. 1976. Traducción del Profesor Diego Manuel Luzón Peña. Profesor ayudante de Derecho Penal de la universidad Complutense de Madrid.

TIEDEMMAN Klaus. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf. 1996

TERRADILLOS Basoco J. "Derecho Penal, sistema económico y empresa". (Coordinadores) García Ramiro y otros. *Derecho Penal Económico*. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 2012.

TRISTÁN J., Salas M. "Desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Costa Rica". Autores Serrano Espelta y otros. *Práctica de Compliance en Latinoamérica*. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras. Autores Editores. Bogotá. 2015.

Unión Europea. Decisión Marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo; La decisión Marco 2001/413/JAI, de 28 de mayo, La Decisión Marco 2003/80/JAI del 27 de enero La Decisión Marco 2004/757/JAI del 25 de octubre, La Decisión Marco/2005/222/JAI de 24 de febrero.

ZUGALDIA Espinar J. “La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico”. M^r Puig M, y otros (Coordinadores). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Editorial Librosca. Caracas.2002.

ZUÑIGA Rodríguez, Laura. *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto seguido*. Ediciones Universidad de Castilla. La Mancha. Universidad de Salamanca. Cuenca. 2001.

SHUNEMANN Bernd. *Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta. En Derecho Penal Económico*. Tomo I. Rubinzal-Cursoni Editores. Buenos Aires.

Documento del Departamento de Derecho. Área de derecho constitucional. Universitat Pompeu Fabra. *Procesos de integración en América Latina*. Sitio disponible <http://www.upf.edu/integracionenamerica/mapa/>. Última consulta 13 de marzo del 2016, 6h50.

Documento de la Secretaria General de la comunidad andina. “La integración política de la comunidad andina: instrumentos y normas derivadas del Acuerdo de Cartagena”. Biblioteca Digital andina. Sitio <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0004.pd>. Última consulta el 12 de marzo del 2016, 17h34.

Diario *El Peruano*. Suplemento Normas Legales. Lima, viernes 20 de abril de 2012. Sitio disponible <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/LEGISLACION/2012/ABRIL/DL%201107.pdf>. Última consulta el 12 de marzo del 2016, 10h26.

Anónimo. “La Responsabilidad Penal de Personas Morales en México en el Marco del Gobierno Corporativo de las Empresas” Jones Day Publications EU Court of Justice Clarifies Responsibilities of Internet Search Engines Regarding So-Called Mayo 2015.<http://www.jonesday.com/es/la-responsabilidad-penal-de-personas-morales-en-mexico-en-el-marco-del-gobierno-corporativo-de-las-empresas-05-11-2015/>. Último consulta el 19 de marzo del 2016, 10h53.

- Gaceta Parlamentaria, Número 3499-VII, jueves 26 de abril de 2012. Dictamen a discusión de la Comisión de Justicia. Sitio disponible <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/61/2012/abr/20120426-VII/DictamenaD-11.html>. Última consulta 19 de marzo del 2016, 16h10.
- Proyecto de Ley N. 4054/2014 enviado por el Presidente de la República del Perú, al Congreso que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en los delitos de corrupción. Sitio disponible [http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/curso/2015/e-23-03-2015/6bProyectodeLey%204054\(personasjuridicas\).pdf](http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/curso/2015/e-23-03-2015/6bProyectodeLey%204054(personasjuridicas).pdf). Última consulta el 19 de marzo del 2016, 17h50.
- Anónimo." Alcances y limitaciones del Estatuto Anticorrupción: recomendaciones para una reglamentación efectiva y eficaz". Revista digital KAS papers N.14 de diciembre 2011. Fundación Konrad Adenauer Stiftung. <http://www.kas.de/wf/doc/6983-1442-4-30.pdf>. Última consulta 19 de marzo del 2016, 20h11.
- Ley No. 1778 del 2 de febrero del 2016. Sitio disponible <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf>. Última consulta 19 de marzo del 2016, 11h01.
- Documento de la OCDE <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/masinformacionsobrelaocde.htm>, <http://www.oecd.org/corruption/oecdanti-briberyconvention.htm>
- Decreto N. 4632 DE 2011 (Diciembre 09). Estatuto Anticorrupción. Sitio disponible <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44953#0>. Última consulta 20 de marzo del 2016, 20h32.
- Presentación del Estatuto Anticorrupción realizado por German Vargas Lleras, Ministro del Interior y de Justicia de Colombia. <http://www.contraloria-gen.gov.co/documents/10136/49245504/cartilla-estatuto-anticorrupcion.pdf/aa4544-3756-40be-9f3e-6cdbec97ef>. Última consulta el 20 de marzo del 2016, 20h30.
- Anónimo. "La República argentina sanciona el soborno a funcionarios públicos extranjeros. La República Argentina y la lucha contra la corrupción en el marco de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE...". <http://inversiones.gov.ar/userfiles/ocde-folleto-soborno.pdf>. Última consulta 20 de marzo del 2016, 11h29.

LOS AUTORES

Dr. Mauricio Enrique Pacheco. Doctorando de Derecho y Gobernanza global de la Universidad de Salamanca, España. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Dr. Álvaro Román Márquez. Doctorando en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Dr. José Luis Terán. Doctorando de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, España. Catedrático de Derecho Pen de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Dra. Janetsy Gutiérrez Proenza. Catedrática de Derecho Informático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de PPL Impresores, Quito, Ecuador,
el 10 de diciembre de 2017.

La Universidad Central del Ecuador, es el referente histórico más importante de la universidad en la República del Ecuador. Ubicada en la capital Quito tuvo su origen en la unión de las Universidades: San Fulgencio (1586) de los Agustinos, San Gregorio Magno (1651) de los Jesuitas y Santo Tomás de Aquino (1681) de los Dominicos. De la Real Universidad Publica Santo Tomas se fundó la Universidad Central de Quito que en la presidencia de Vicente Rocafuerte se concreta la recreación definitiva de la Universidad Central del Ecuador (UCE), sustituyendo la palabra "Quito" por "Ecuador", en 1836, denominación con la que se conoce hasta el día de hoy.

La catedra de derecho canónico y civil se impartía como catedra desde la Universidad San Fulgencio en 1686, continuando la Real y Pontificia Real de San Gregorio. El 18 de marzo de 1826, el Congreso de Cundinamarca, expide la Ley estableciendo Universidades Centrales en las capitales de los Departamentos de Cundinamarca, Venezuela y Ecuador. Entre las materias impartidas se contaban las relacionadas con las carreras de Medicina, Derecho Civil y Canónico, y Filosofía y Teología, lo que determina que las facultades de Medicina y Jurisprudencia sean las facultades más antiguas, por cuyas aulas han transitado los personajes políticos y científicos más importantes del país.

Este libro recoge, desde el Derecho en general, una parte del sinnúmero de las preocupaciones académicas de los docentes e investigadores de nuestra Facultad de Jurisprudencia y que no tienen otro objetivo que contribuir al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano en términos de eficiencia y eficacia de un orden social democrático y respetuoso de los derechos fundamentales. Estas investigaciones han contado con el apoyo de las autoridades dentro del marco de restricciones que atravesamos pero que no han sido obstáculos para conjuntamente con la coordinación trabajar en el proceso de revisión de pares como requisito previo e ineludible para el auspicio institucional que respalda su publicación de estos libros, en cumplimiento de lo que ordena la normativa y la legislación universitaria que avala este producto cognoscitivo realizado por este selecto grupo de Docentes.



UNIVERSIDAD CENTRAL
DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ISBN 978-9942-30-448-3



9 789942 304483