



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

EL JUZGAMIENTO PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR

- DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO -

Quito – Ecuador
2021



DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO

Doctor PHD por La Universidad de Salamanca - España. Derecho y Gobernanza.

Doctor en Jurisprudencia en La Universidad Internacional del Ecuador U.I.D.E. (2000).

Licenciado en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Católica del Ecuador - Quito. Puce.

- Magister en Ciencias Jurídicas de la Administración de Justicia. Universidad Central del Ecuador.
- Magister en Educación Superior - Mención Ciencias Jurídicas. Universidad Central del Ecuador.
- Especialista en Gestión de Procesos Educativos Universidad Central del Ecuador.
- Diploma Superior en Sociología. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Flacso.

Docente de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Docente en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador. Instituto de Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia -UCE.

Docente del Programa de Maestría en Derecho Ambiental. Instituto de Posgrado de la Universidad Central del Ecuador.

Docente de Teoría del Delito. Maestría en Derecho Penal y Procesal de la Universidad Técnica de Ambato U.T.A.

Ex Coordinador de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador. Instituto de Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia -UCE.

Coordinador del área Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Codirector de la Revista CAP Jurídica del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Ex Fiscal de Pichincha: Unidad de Delitos Flagrantes y Unidad de Delitos Contra la Vida de la Fiscalía General del Estado del Ecuador

347.7

P 116

PE

SIB - UCE

DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO

**EL JUZGAMIENTO PENAL
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
EN EL ECUADOR**

SIB - UCE

**Quito – Ecuador
2021**

DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO

EL JUZGAMIENTO PENAL
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS
EN EL ECUADOR

TÍTULO ORIGINAL:

**EL JUZGAMIENTO PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN EL ECUADOR**

ISBN: 978 9942 38 839 1

Primera Edición

AUTOR:

Dr. Mauricio Enrique Pacheco

DISEÑO E IMPRESIÓN:

Gráficas Iberia

ediberia@gmail.com

Quito - Ecuador 2021

SIB - UCE

ÍNDICE

ÍNDICE	3
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN.....	19

PARTE I

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR

CAPITULO I

EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR..... 29

A. Estado de la cuestión.....	29
B. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el COIP.....	31
C. Personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado.....	32
1. Noción de persona jurídica.....	32
2. Personas jurídicas excluidas.....	37

CAPITULO II

MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS ADOPTADO POR EL ARTÍCULO 49 DEL COIP 41

A. Antecedente del sistema vicarial.....	41
B. El modelo vicarial adoptado en el COIP	46
1. Los que actúan a nombre de la empresa	46
2. La actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho.....	49
3. Delitos cometidos para beneficio propio de la persona jurídica o de sus asociados	54
4. Responsabilidad acumulativa	56
5. Númerus Clausus	60

PARTE II

ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD PENAL Y PRESUPUESTOS PROCESALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA 65

I.- Identificación del hecho generador: La regla del actuar en nombre de otro reflejada en el COIP.....	67
A. Condiciones que desencadenan la responsabilidad penal de la persona jurídica	69
B. Principio de culpabilidad y el modelo vicarial en el COIP	72
C. La responsabilidad penal de las personas jurídicas como problema de definición.....	73
II. Necesidad de construir o adaptar un régimen procesal para la RPPJ.....	76

A. ¿Pueden las personas jurídicas realizar acciones típicas?	78
B. ¿La conducta de la persona física es fundamento o presupuesto de responsabilidad?	81
C. La equidad como fundamento de la responsabilidad penal en el sistema adoptado por el Artículo 49 del COIP	89
D. ¿Para qué castigar a la persona jurídica en un sistema vicarial?	92
E. La ausencia de previsiones procesales en el COIP.....	95
F. Presupuesto procesal de igualdad previa.....	97
III. La necesidad de un reconocimiento formal de los derechos fundamentales a las personas jurídicas	99
A. ¿Titular de qué derechos es la persona jurídica?	100
B. ¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas privadas?	101
C. ¿Cuándo se reconocen derechos fundamentales a las personas jurídicas privadas, se habla de todos aquellos que también tienen las personas naturales?	103
D. El problema con las personas jurídicas de derecho público	108
1. Reconocimiento a posibles situaciones de excepción a la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho público	112
2. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas públicas y privadas según jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. ¿Derechos fundamentales o derechos constitucionales?	113
3. Breve revisión de algunos fallos de la Corte Constitucional sobre derechos fundamentales de las personas jurídicas	118
4. Algunos puntos importantes en los fallos de la Corte Constitucional	120

5. ¿Tienen derechos fundamentales las asociaciones de hecho o personas sin personalidad jurídica?	122
6. ¿De qué derechos constitucionales o fundamentales son titulares las personas jurídicas?	123
E. Las personas jurídicas y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos	125

CAPÍTULO II

DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	135
--	------------

I. Garantías mínimas que deben precisarse ante la ausencia de un estatuto procesal en el COIP	135
A. La determinación del objeto del proceso penal en el proceso contra de las personas jurídicas	138
B. La persona jurídica como parte procesal	140
C. Personas jurídicas de derecho privado	142
D. Que no sean organizaciones criminales	143
E. Que no sean personas jurídicas de derecho público	146
F. En relación a las personas jurídicas extranjeras	148
1. La representación de la persona jurídica	150
2. La atribución de un hecho punible a la persona jurídica	155
G. La citación y notificación	158
1. Notificación e inicio del proceso penal	160
H. Jurisdicción y competencia	166
I. El principio del non bis in ídem	171
II. La persona jurídica como acusada y procesada	176

A. Los terceros: parte pertenecientes a la persona jurídica y que aparecen como víctimas	179
B. El procesamiento en los casos de fusión, transformación, escisión, disolución, liquidación y otras formas de modificación.....	180
C. Problemas de la competencia en el concurso ideal o real	181
D. El derecho de defensa y el secreto profesional	185
1. Derecho a contar con un abogado defensor neutral.....	187
2. Derecho al secreto profesional.....	187
3. El abogado defensor como testigo	190
4. Allanamiento a locales del Abogado defensor de la persona jurídica	192
E. El principio de prohibición de auto imputación de la persona jurídica en Europa y Norteamérica	193
F. El principio de prohibición del auto imputación de la persona jurídica en Ecuador.....	198
1. El derecho a la prohibición de la autoincriminación es un derecho reconocido a las personas jurídicas	198
2. La orden de entregar documentación al representante de la persona jurídica viola el principio de prohibición de la autoincriminación	202
3. El representante de la persona jurídica no puede ser testigo de la Fiscalía	203
III. El Principio de Oportunidad en el COIP	204
A. Breves antecedentes	204
B. Principio de oportunidad y el proceso penal contra las personas jurídicas.....	205
1. El derecho al prestigio y buen nombre de las personas jurídicas.....	206

2. La falta de interés público.....	208
3. Momentos procesales diferentes para la aplicación del principio de oportunidad.....	213
C. El procedimiento abreviado y las personas jurídicas...	214

CAPÍTULO III

LA PRUEBA.....	221
-----------------------	------------

I. La prueba en el Proceso penal contra la persona jurídica.....	221
A. Introducción al diseño constitucional del proceso penal ecuatoriano	222
B. Aspectos procesales de la prueba en el proceso penal	225
C. La carga de la prueba y las actuaciones fiscales	226
D. Finalidad de la prueba	229
E. Objeto y valoración de la prueba en el modelo vicarial extremo del COIP	230
F. Los tipos de delitos que puede cometer la persona jurídica según el COIP	233
G. En relación con la carga de la prueba	236
1. Carga dinámica de la prueba	238
H. El principio del in dubio pro reo en la determinación de la responsabilidad	242
II. Efectos jurídicos-procesales de la declaración de la persona física en contra de la persona jurídica	243
III. La persona jurídica como partícipe de la comisión de la infracción penal.....	244

CAPÍTULO IV

LA PENA EN LAS PERSONAS JURÍDICAS	251
I. Las penas	251
II. Las clases de penas para las personas jurídicas en el COIP	256

A. Multa	258
B. El comiso	266
C. Disolución de la persona jurídica extranjera	267
D. Clausura temporal o definitiva de los locales o establecimientos	270
E. Realizar actividades en beneficio de la comunidad	273
F. Reparación integral de los daños ambientales causados	276
G. Prohibición de contratar con el Estado	277
H. Medidas cautelares para las personas jurídicas en el COIP	278
1. Medidas para proteger los derechos de las víctimas, el cumplimiento de la pena, reparación integral de las víctimas	278
2. Medidas cautelares para proteger la integridad de las pruebas y elementos de convicción	281
3. ¿Cuál es el momento procesal oportuno para dictar medidas cautelares sobre la persona jurídica en un modelo vicarial extremo?	282

PARTE III

EL PROCESO PENAL EN EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL PROPIO DE LA PERSONA JURÍDICA

CAPÍTULO I

LAS FALENCIAS EN LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. Necesidad de superar el modelo vicarial

II. Modelos de responsabilidad penal propia de la persona jurídica

A. Breves apuntes introductorios

1. El problema de la acción y de la culpabilidad de las personas jurídicas desde la dogmática tradicional	290
2. Los bienes jurídicos como objeto de protección de la criminalidad corporativa	292
3. Sobre la capacidad de acción	293
4. Sobre la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas.....	296
B. Teoría de la conciencia especial de la persona jurídica	298
C. Teoría de la culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica	299
D. La culpabilidad funcional del órgano.....	300
E. La culpabilidad por la no evitación de las fallas de la organización.....	300
F. La culpabilidad por la no evitación de las influencias criminógenas.	301
G. Culpabilidad por el carácter de la empresa	302
H. Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial	304
I. El modelo de responsabilidad penal por hecho propio de Heine	307
1. El delito cometido por la persona individual es el desencadenante de la responsabilidad propia, no el fundamento	308
2. Presupuestos fundamentales de la RPPJ por déficit organizativo	311
J. El modelo de RPPJ por defecto de organización	313
1. Críticas al modelo de RPPJ por defecto de organización desde el Derecho penal de acto.....	314
2. Críticas al modelo de RPPJ por defecto de organización desde la tipicidad del acto	315
K. Responsabilidad por la cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad	317

III. La Relevancia del hecho de conexión en la determinación de la RPPJ	317
A. El hecho de conexión en los sistemas vicariales.....	318
B. El hecho de conexión en los modelos de autorresponsabilidad	318
C. El hecho de conexión en los modelos mixtos	320

CAPÍTULO II

MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL POR DEFECTO ESTRUCTURAL O CARENCIA DE UNA CULTURA DE CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD	323
--	------------

I. La responsabilidad social como eje determinante del modelo propio de RPPJ	323
II. Modelo de RPPJ por una cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad	326
A. Sustentos teóricos del modelo basado en la cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad.....	328
1. La cultura institucional como producto real de decisiones corporativas históricas.	328
2. La frecuencia en la comisión de delitos como indicio del defecto estructural.	329
3. El desarrollo de una identidad propia de la persona jurídica.	330
4. La separación entre la conducta individual y la conducta corporativa	331
5. El defecto estructural como conductas despersonalizadas.	332
6. Consideraciones generales que determinan un modelo de responsabilidad por hecho propio desde la conducta de la persona individual.....	334
7. Presupuestos procesales y condiciones bajo las cuales un modelo de autorresponsabilidad de la RPPJ puede construirse.	336

8. El modelo del hecho delictivo de tipo estructural debe contemplar a los programas de cumplimiento como atenuantes o eximentes de responsabilidad penal.....	337
9. No existe exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica si el programa de cumplimiento o compliance no está vinculado con la conducta de la persona física	338

PARTE IV

LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y EL PROCESO PENAL EN EL ECUADOR

CAPÍTULO I

INTERVENCION DEL ESTADO Y CONTROL SOCIETARIO	345
---	------------

I. La necesidad de la intervención del Estado y la autorregulación	345
II. El ámbito de la aplicación de la autorregulación	349
A. El sistema de la autorregulación absoluta voluntaria	351
B. El sistema de la meta regulación	352
C. El sistema de la autorregulación regulada o coregulación	353
III. Sistema de autorregulación vigilada y disuasoria	355
IV. Los programas de cumplimiento o Compliance Programas	357
A. Los Códigos de Conducta	359
B. El fenómeno de la irrupción masiva de los códigos de conducta	361
V. Modelo de vigilancia	363
A. El compliance en el ámbito penal	364
B. Objeto del compliance penal	365

C. ¿El compliance como un desplazamiento del sistema penal hacia las empresas?	367
D. Efectos del compliance penal	370

CAPÍTULO II

EL COMPLIANCE PENAL Y LOS PRESUPUESTOS

DE EFICACIA PROCESAL	375
A. Utilidad probatoria del compliance	375

CAPÍTULO III

PREVISIONES PROCESALES PARA UN COMPLIANCE BASADO EN EL MODELO RESPONSABILIDAD PENAL POR HECHO PROPIO EN ECUADOR.....

377

I. Ideas generales para el diseño de un compliance aplicable como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador	377
A. Compliance y la responsabilidad penal de la persona jurídica	377
1. Un modelo de responsabilidad más internacional y aceptable	378
2. Programas de cumplimiento orientados a la prevención	378
3. Consenso y programas de cumplimiento basado en valores	380
B. Exigencias procesales para la incorporación del compliance en el proceso penal ecuatoriano	381
1. El compliance y el sistema vicarial	381
2. El compliance debe estar documentado	382
3. ¿Los programas de compliance excluyen la responsabilidad penal de las personas jurídicas?	384

II. El compliance y el régimen de responsabilidad por hecho propio que cumplan las exigencias de los principios básicos del Derecho penal	386
A. Tener cuidado de la aplicación automática	387
B. La culpabilidad corporativa independiente de la culpabilidad individual	388
C. Los principios fundamentales del Derecho penal deberán ser observados en cualquier decisión que determine la responsabilidad corporativa	390
D. El delito de la persona física debe ser un presupuesto y no el fundamento de la responsabilidad penal de la corporación	391
E. Las garantías procesales de la corporación no deben ser disminuidas frente a las garantías procesales de las personas físicas	393
F. Los conflictos de intereses entre la persona física representante y la persona jurídica	394
G. Los profesionales del derecho que patrocinen a la persona física deberá ser distinto del que defiende a la persona jurídica	395
H. Las sociedades pantalla no tendrían los mismos derechos procesales que tienen las personas jurídicas	396
I. La ausencia de una cultura de control y de cumplimiento de la legalidad en la persona jurídica no debe ser un elemento del tipo y además debe ser probado por la persona jurídica y no por la acusación	398
J. El contenido material de la averiguación de la Fiscalía en los delitos corporativos	401
CONCLUSIONES	403
BIBLIOGRAFÍA	407

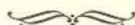


ABREVIATURAS

BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CE	Consejo Europeo
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDPE	Centro Estudios de Derecho Penal Económico y Empresa
CEJ	Centro de Estudios Judiciales
CIADI	Centro de Solución de Controversias
COIP	Código Orgánico de la Función Judicial
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPP	Código Procesal Penal
CRE	Constitución de la República del Ecuador
CR	Congreso de la República
DEA	Drug Enforcement Administration
DLeg	Decreto Legislativo
DP	Doctrina Penal
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
FMI	Fondo Monetario Internacional
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
GAFISUD	Grupo de Acción Financiera de Sudamérica
GP	Gaceta Penal (Revista)
GPPP	Gaceta Penal & Procesal Penal (Revista)
HC	Habeas Corpus

LA	Lavado de activos
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
COFJU	Código Orgánico de la Función Judicial
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LPCLA	Ley Penal contra el Lavado de Activos
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MJ	Ministerio de Justicia (Ecuador)
FN	Ministerio Público - Fiscalía de la Nación (Ecuador)
FGE	Fiscalía General del Estado
OEA	Organización de Estados Americanos
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONODC	Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito
OTAN	Organización del Atlántico Norte
RCE	Resolución del Consejo de Europa
RD	Revista de Derecho
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDP	Revista de Derecho penal
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
REDF	Revista Española de Derecho Financiero
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REJ	Revista de Estudios Jurídicos
RN	Recurso de Nulidad
RPPJ	Responsabilidad penal de las personas jurídicas
SAI	Sistema Andino de Integración
SEGFN	Secretaría General de la Fiscalía de la Nación (Ecuador)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
TC	Tribunal Constitucional (España)
TS	Tribunal Supremo (España)
UCM	Universidad Complutense de Madrid

UEC	Universidad Externado de Colombia
UG	Universidad de Granada
UE	Unión Europea
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UJ	Universidad de Jaén
UNODOC	La Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen
UPF	Universidad Pompeu Fabra
UPSMP	Universidad Privada San Martín de Porres (Perú)
US	Universidad de Sevilla
USAL	Universidad de Salamanca



INTRODUCCIÓN

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador, constituye una de las mayores novedades que se introdujeron a raíz de la expedición del Código Orgánico Integral Penal en marzo del 2014. Pero también constituye uno de los ámbitos de mayor complejidad y menor desarrollo dogmático, debido a la adopción de un sistema vicarial de responsabilidad corporativa y a la falta de un estatuto específico que permita a los operadores de justicia contar con las directivas adecuadas que atienda en lo mínimo las exigencias controladoras de la intervención penal.

Ante este vacío jurídico referencial de un sistema de imputación que termine con el viejo aforismo “societas delinquere non potest”, acudimos a la experiencia y a los esfuerzos dogmáticos emprendidos —principalmente— por la doctrina española que luego de varios años de vigencia de un modelo cuasi vicarial, ha ido evolucionando, luego de las reformas de 2015, hacia un modelo de responsabilidad propia con énfasis en los criterios de imputación por defecto estructural como hecho propio de la persona jurídica.

La reforma penal ecuatoriana introduce un modelo vicarial con responsabilidad autónoma entre persona física y persona jurídica aspecto que a primera vista denota una estructura normativa-dogmática gravemente contradictoria e indicativa de que no fue lo suficientemente meditada y discutida. En efecto, es reconocida la inexistencia de un debate general tanto sobre el tema de la conveniencia de introducir la responsabilidad penal de las

personas jurídicas como de la construcción de un sistema de responsabilidad corporativo amigable con los principios del Derecho penal y respetuosa de los derechos fundamentales.

El trato punitivo sobre las personas jurídicas en el Ecuador en la reforma del 2014 estuvo vinculado a las exigencias de organismos internacionales —como el GAFI— frente a quien el país pretendió desprenderse de cierto posicionamiento incómodo que tenía en la lista de países que no contaban con una institucionalidad penal eficiente en materia de lavado de activos, financiación del terrorismo y de los delitos relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Este apresuramiento legislativo desembocó en la adopción de un sistema de responsabilidad colectiva que no tomó en cuenta toda una historia de desarrollos dogmáticos sobre la existencia de normas y principios limitantes del poder punitivo del Estado universalmente aceptados y que concretamente se refieren, entre otros, al principio de culpabilidad, el injusto personal, el principio de personalidad de las penas, el Derecho penal de acto, y la exigencia demostrativa del dolo y la culpa.

En este contexto, el Artículo 49, el COIP adopta claramente un modelo vicarial caracterizado precisamente por ser el más vulnerable a la hora de responder a las exigencias del Derecho penal moderno. El formato vicarial exige una transferencia de la culpabilidad individual a la corporación haciéndose ésta última autora y responsable del delito, y por tanto, merecedora de una pena por hechos e infracciones ajenas. No puede haber autonomía porque la culpabilidad de la persona jurídica depende de la culpabilidad de la persona física. Si no existe la una no existe la otra.

Pero el problema del sistema penal ecuatoriano de responsabilidad de las personas jurídicas no acaba con la introducción del modelo vicarial extremo en el COIP sino que se evidencia una preocupante ausencia de un desarrollo normativo procesal que permita viabilizar el enjuiciamiento penal de las corporaciones

dentro de las líneas trazadas por el marco constitucional y legal existente. Esta carencia abre la puerta a la posibilidad real que los jueces y tribunales de justicia apliquen discrecionalmente procedimientos analógicos utilizando las previsiones procesales de las personas físicas, sin atender a la naturaleza distinta de estas instituciones. Es necesario, entonces, determinar bajo qué condiciones las consecuencias materiales y procesales de este estado de confusión y carencia pueden derivar en estados de indefensión y violación a los derechos fundamentales de las personas jurídicas.

La introducción del Artículo 49 COIP tiene, para nuestro medio, la novedosa disposición sobre los presupuestos sobre los cuales se levanta la responsabilidad corporativa. Por ejemplo, el solo hecho de existir una relación funcional del individuo con la persona jurídica, sin importar si el individuo infractor realizó esta operación delictiva en el ámbito de sus funciones y competencias otorgadas por la institución corporativa. Este sustrato imputacional flexibiliza las exigencias de la culpabilidad penal desde el plano constitucional y legal ahondado por la ausencia de precedentes jurisprudenciales de la Corte constitucional.

¿Si no existe una normativa procesal penal específica el inicio de un proceso penal contra las personas jurídicas, en un sistema vicarial como el nuestro, significa que se produce una violación a los principios constitucionales de culpabilidad y del debido proceso contra las personas jurídicas? ¿Es jurídica y constitucionalmente viable la aplicación del procedimiento penal previsto en el COIP para las corporaciones imputadas? ¿Existe la posibilidad de que las personas jurídicas sean procesadas penalmente aplicando los principios del debido proceso? ¿Cuáles son los derechos que la corporación tiene dentro del proceso penal? ¿A la declaratoria de culpabilidad de la persona jurídica le precede un juicio penal garantista? ¿Estamos consagrando jurídicamente modelos de responsabilidad penal que procesalmente significan la aceptación de la responsabilidad objetiva? ¿Pueden plantearse un modelo alternativo de responsabilidad por hecho propio de

la corporación y no depender de la culpabilidad de la persona física? ¿Es procesalmente significativo la adopción de programas de cumplimiento —o compliance programs— para ser aplicado en un modelo vicarial? Estos son algunos de los problemas y de los interrogantes que nos proponemos contestar, analizar y superar a través de ciertas propuestas de lege ferenda en el transcurso de la presente investigación. En otras palabras, dentro de los límites trazados, el objetivo es demostrar que la adopción del modelo vicarial propuesto en el Artículo 49 COIP es un sistema extremo que flexibiliza las garantías y derechos constitucionales y que carece de aplicabilidad procesal porque no se puede aplicar por analogía el estatuto procesal de la persona física para el juzgamiento de las personas jurídicas, si es que se quiere cumplir con los fines preventivos de la pena. La hipótesis central planteada es que la adopción del compliance programs y del modelo autónomo de responsabilidad penal de la persona jurídica permitiría superar las deficiencias del sistema de responsabilidad vicarial vigente, y del sistema procesal adoptado por el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador para el juzgamiento de los entes corporativos.

Las respuestas teórico-dogmáticas a estas interrogantes tienen mucho que ver con el desarrollo práctico y académico que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha experimentado en España. Es conocido el hecho de que desde la reforma penal del 2010 hasta la reforma del 2015, la evolución experimentada por el tema relacionado con la responsabilidad corporativa es muy importante. El trabajo investigativo de varios autores españoles coinciden, en primer lugar, en que el sistema español de las reformas del 2010 concretó sistema que variaba entre vicarial —como sostenía la Fiscalía General española en su Circular del 1/2011— y el mixto. Pero a partir de las importantes reformas al Código Penal español introducidas en el 2015, prácticamente zanjó cualquier duda sobre el sistema de responsabilidad por hecho propio adoptado, aunque la Fiscalía General a través de la Circular 1/2016 mantienen ciertas dudas sobre afirmar que el sistema de transferencia de responsabilidad haya cambiado. Se

torna predominante la aceptación mayoritaria de la adopción de un sistema de responsabilidad penal por hecho propio, pese a las dudas de varios autores que se mantienen firmes en la negativa de la posibilidad que las corporaciones puedan ser objetos de imputación penal. Sin embargo, el esfuerzo masivo por el cual los estudiosos penalistas pretenden superar el escollo de la responsabilidad por hecho ajeno dada la situación infranqueable de estar contaminada por una fuerte dosis de responsabilidad objetiva.

Los trabajos investigativos sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador han sido sumamente escasos, casi inexistentes. En las publicaciones encontradas se hace una descripción breve de los presupuestos del Artículo 49 COIP y de las diversas medidas cautelares que están previstas en estos casos. En forma por demás confusa varios autores creen que el inciso del Artículo 49 COIP (que describe la supuesta "independencia" de las responsabilidades del individuo y de la corporación), convierten al actual sistema en uno de responsabilidad mixta. Confunden la responsabilidad acumulativa y la autónoma.

En un sistema vicarial como el ecuatoriano no puede existir responsabilidad independiente porque conceptual y dogmáticamente son términos contradictorios. Igualmente, de manera muy escueta, algún autor confirma la imposibilidad de aplicar el compliance al no constar éste como atenuante en el COIP. Otros autores concluyen que el modelo vicarial ecuatoriano no está establecido en el Artículo 49 COIP, sino que responde a un sistema de autorresponsabilidad o por hecho propio, conclusiones que no han sido extraídas a consecuencia de un desarrollo teórico mínimo.

Entre ellos igualmente existen criterios, escasamente fundamentados, afirmativos de la responsabilidad de la persona jurídica independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales escudados bajo el argumento liviano de que tienen penas diferentes. También los hay quienes reconocen el campo

inexplorado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador tanto en lo penal como en la parte procesal y sin profundizar un poco en el análisis concluyen que el sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas adoptado por el COIP es un sistema vicarial de transferencia; igualmente apuestan a que los compliance que adopten las corporaciones son una forma adecuada de eximir las de la responsabilidad penal.

De las todas las publicaciones revisadas en su mayoría carecen de profundidad y sus conclusiones no guardan un sustento analítico serio o por lo menos básico sobre la determinación de la responsabilidad corporativa especialmente en lo que tiene que ver con la determinación del alcance y significado de los principios informadores del Derecho procesal penal.

Frente a esta previsible problemática generada por el legislador ecuatoriano y que ha sido objeto de una irremediable falta de atención de los estudiosos del Derecho penal en nuestra realidad, no tenemos otro camino que invocar los criterios y las opiniones de los grandes penalistas europeos y principalmente de autores españoles que han contribuido vigorosamente en el desarrollo criterios claros, racionales y prácticos para el procesamiento penal de las personas jurídicas, en el marco de las garantías constitucionales de las que son titulares las personas jurídicas. Este emprendimiento presenta innumerables dificultades que van desde el inicio de los procesos de investigación, en la fase de instrucción fiscal, en la aplicación de los procedimientos abreviados, directos, en la tramitación para la comparecencia del representante de la persona jurídica, sobre si está o no legalmente autorizado y si es procesalmente viable su testimonio o su conformidad en diligencias que pueden tener efectos inculpativos. Tenemos el problema de la carga de la prueba en el sistema vicarial y si es procedente una inversión de la misma y en qué condiciones puede verificarse. La doctrina exige una igualdad de criterios de aplicación procesal para la estructura empresarial procesada.

Otra cuestión que se plantea es la utilidad procesal de la adopción de los programas de compliance para determinar si en un modelo de responsabilidad por hecho propio su mera existencia y su efectividad tienen consecuencias atenuantes o eximentes de culpabilidad. Y cuál debería ser el tratamiento en relación con el principio acusatorio y el principio de presunción de inocencia, vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Presentados los antecedentes del estado de la cuestión, la investigación del presente trabajo de investigación esta desglosado de la siguiente manera.

En la Parte I desplegamos una vista panorámica de la estructura normativa de los aspectos procesales desde el paradigma de la persona jurídica como sujeto procesal titular de todos los derechos constitucionales y la interrelación con el tratamiento de la prueba en el proceso penal.

En la Parte II resaltamos las deficiencias procesales y materiales del modelo vicarial y dejamos trazadas algunas líneas conceptuales sobre una alternativa de construcción de un modelo de responsabilidad propia de las personas jurídicas en el Ecuador. Concretamente, nos referimos al modelo de culpabilidad por defecto estructural que supera el modelo de culpabilidad por defecto de organización.

En la Parte III realizamos un análisis de los modelos de compliance —programas de cumplimiento— y esbozamos un conjunto de previsiones procesales para un compliance basado en el modelo responsabilidad penal por hecho propio para el Ecuador.

Como se puede observar, para la consecución del objetivo propuesto acudimos a la experiencia de la dogmática española por razones que obedecen a un importante desarrollo teórico experimentado a raíz de la reforma de su sistema penal en el año 2015. No podemos agotar el análisis o estudio de la teoría del delito por cuanto nos centramos en el desarrollo de los presupuestos

procesales y del análisis del Artículo 49 del COIP a la luz de las posibilidades legales y constitucionales para su aplicación.

Finalmente, nos proponemos ofrecer una interpretación garantista del sistema vicarial impuesto por el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador que nos permita proponer un conjunto de principios básicos de un modelo de responsabilidad propia y de un modelo de compliance, dada la potencialidad que tienen para evidenciar el hecho propio que genera una responsabilidad penal de la persona jurídica como instrumentos a los que debe acudir el legislador ecuatoriano al momento de pensar en un cambio de modelo.



CAPÍTULO I

EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR

PARTE I

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR



CAPÍTULO I

EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR

A. Estado de la cuestión

La introducción de la responsabilidad colectiva en el Código Orgánico Integral Penal, no tuvo como antecedente alguna exigencia de carácter interno o motivaciones de índole criminológica dada la circunstancia específica de que la participación empresarial en el mapa delictivo del Ecuador es realmente ínfimo. Fueron los requerimientos emanados de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de manera indirecta por el GAFI los que motivaron la incorporación en el Artículo 49 del COIP de la RPPJ, sin dejar de lado las motivaciones de carácter político ideológico del régimen de turno.

Además no existió antes de la vigencia del COIP un régimen penal punitivo para las personas jurídicas sino algunas cuestiones de carácter esporádico y aislado como las contenidas en la Ley de Transito anterior, derecho penal especial, y en las otras leyes referidas a materia ambiental, tributaria, financiera y la relacionada con los derechos del consumidor.

Es importante mencionar que existía y existe todavía un sistema administrativo sancionador manejado, por autoridades no judiciales, con finalidades punitivas y preventivas, que ha venido funcionando dentro del ámbito extrapenal para la tramitación de las causas que por violación a regímenes legales y reglamentarios especiales involucran a las personas jurídicas como actor y/o demandado. Las sanciones impuestas por el régimen administrativo en materia ambiental, financiera, o de control de

mercado, por ejemplo, aparecen más drásticas que las penales sin que ello signifique un régimen flexibilizado de garantías procesales. Tanto el Artículo 24 de la Constitución del 1998 como los Artículos 75 y 76 de la Constitución del 2008 establecen un sistema de derechos y garantías comunes que vienen aplicándose en forma unitaria tanto en el plano administrativo como en el penal.

Efectivamente la Constitución de la República del Ecuador no contempla un régimen diferenciado de garantías de aplicación de los principios del debido proceso entre los procesos administrativos y penales. Pero esta diferencia es solo formal puesto que los jueces castigan el injusto penal y administrativo en procesos regulados por leyes penales y administrativas, respectivamente. Una diferencia menor la encontramos en la aplicación del principio de subsidiariedad por el cual el legislador ecuatoriano ha optado por dejar que sea el Derecho Administrativo el que procese las conductas lesivas de menor cuantía. Las sanciones impuestas por el antecedente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son prácticamente las mismas con objetivos similares de castigar infracciones cometidas por las personas morales.

De acuerdo al criterio de la gravedad de la afectación al bien jurídico el COIP clasifica a las conductas penalmente relevantes en delitos y contravenciones, con la única diferencia de que estas últimas son castigadas con penas igual o menores a treinta días de prisión, dejando al ámbito del derecho contravencional la potestad para sancionar infracciones de menor cuantía. El Derecho administrativo sancionador es utilizado generalmente para las infracciones constitutivas en el simple desacato a la ley o en la inobservancia de ciertos deberes de cuidado (generalmente las infracciones de peligro abstracto) obligados por la norma legal con finalidades retributivo – preventivas.

B. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el COIP

El Artículo 49 del COIP dice textualmente:

"Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

Artículo 50.- Concurrencia de la responsabilidad penal.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento. Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley..."

En este proceso de acercamiento al análisis del Artículo 49 del COIP creo que es importante introducir ciertas precisiones conceptuales que nos permitirán un tratamiento más óptico del objeto de esta investigación.

C. Personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado.

1. Noción de persona jurídica

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, CIDH, en la última opinión consultiva sobre este tema¹, en un intento de generalizar la definición de persona jurídica, considera que la mayor parte de las legislaciones de Europa y Latinoamérica conceptualizan casi en los mismos términos a las personas jurídicas. Las definen como entes distintos de sus miembros, con capacidad de contraer obligaciones y ejercer derechos, y cuya capacidad está restringida al objeto social para el que fueron creados y que perfectamente pueden ser identificados con otros términos, en función de ganar uniformidad en la denominación. Son sinónimos términos como personas morales, personas colectivas, personas de existencia ideal o personas ficticias, a los que añadiremos entes colectivos, corporaciones, persona ideal, empresa, que serán utilizados para efectos de este trabajo.

En nuestra legislación, no existe una definición de persona jurídica por lo que necesariamente debemos remitirnos a las otras disciplinas del derecho que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como es el caso del Derecho civil. Según el Artículo 564 del Código Civil ecuatoriano se llama persona jurídica

1.- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-22/16 DE 26 DE FEBRERO DE 2016 solicitada por la república de Panamá titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del Artículo 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador. Recuperado del sitio http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf

una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. La simple voluntad de los individuos no puede generar una persona jurídica ya que solo la ley (para las personas jurídicas de derecho público) o un acto administrativo (para las personas jurídicas de derecho privado) concede existencia jurídica a esta ficción jurídica. No existe persona jurídica si no la reconoce como tal la expedición de una ley o resolución administrativa (Artículo 567 del Código Civil, Reglamento para el otorgamiento de la personalidad jurídica a las organizaciones sociales expedido mediante Decreto ejecutivo N. 193, publicado en el Registro Oficial Suplemento n.100 del 27 de octubre del 2017).

En el caso de las corporaciones que regidas por la Ley de Compañías éstas adquieren su personalidad jurídica a partir de la inscripción del contrato social en el Registro Mercantil. Las Compañías Mercantiles se constituyen necesariamente por escritura pública y ante Notario Público. Esta escritura pública debe inscribirse en el Registro Mercantil al igual que todas las sociedades mercantiles, según lo establece La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, Ley No. 0, Registro Oficial Suplemento 162 de 31 de Marzo del 2010, Arts. 15 y 16.

En el caso de las Compañías en Nombre Colectivo y En Comandita Simple la escritura pública debe ser aprobada por un Juez de lo Civil e inscrita en el Registro Mercantil del Cantón al que pertenezca el domicilio principal de la Compañía. En las Compañías Anónimas, de Responsabilidad Limitada, de Economía Mixta y en Comandita por Acciones la escritura pública debe inscribirse en el Registro Mercantil del Cantón al que pertenece el domicilio principal de la Compañía. Existen cinco especies de compañías de acuerdo con la Ley de Compañías (Artículo 2): La Compañía en Nombre Colectivo (Artículo 36 Ley de Compañías); La Compañía en Comandita Simple (Artículo 50 Ley de Compañías) y dividida por Acciones; (Artículo 301 Ley de Compañías); La Compañía de Responsabilidad Limitada (Artículo 92 Ley de Compañías); La Compañía Anónima (Artículo 143 Ley de

Compañías); y, La Compañía de Economía Mixta (Artículo 308 Ley de Compañías). Estas cinco especies de Compañías constituyen personas jurídicas. La Ley reconoce, además, la Compañía Accidental o Cuentas en Participación llamada también Asociación (Artículo 423 Ley de Compañías) a la que no considera persona jurídica.

Están incluidas como personas jurídicas las que tienen fines de lucro y las que no lo tienen si son investidas del estatus jurídico conferido por un acto de aprobación del Presidente de la República a través de sus diversos ministerios (Reglamento para el otorgamiento de la personalidad jurídica a las organizaciones sociales expedido mediante Decreto ejecutivo N. 193, publicado en el Registro Oficial Suplemento n.100 del 27 de octubre del 2017). Igualmente se incluyen dentro de este grupo a las personas jurídicas de carácter comercial que se encuentran regidas por la Ley de Compañías las mismas que tienen su reconocimiento como personas jurídicas desde el momento de la inscripción del contrato constitutivo en el Registro Mercantil. Las personas jurídicas que operan el campo financiero ² como los bancos; sociedades financieras o corporaciones de Inversión y desarrollo; asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público se crean previa autorización de la Superintendencia de bancos, Artículo 180 de la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema financiero publicada en el Registro Oficial 250 de 23-ene-2001.

Los partidos políticos son personas jurídicas de naturaleza pública³ porque el Artículo 313 de la Ley Orgánica Electoral y de

2.- El 12 de mayo de 1994, se promulgó la Ley General de Instituciones Financieras, la cual se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 439 de la misma fecha.

3.- LEY ORGÁNICA ELECTORAL, CÓDIGO DE LA DEMOCRACIA. Dada por Ley s/n, publicada en Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril del 2009. Dice "...Artículo 308.- Los partidos y movimientos políticos son organizaciones públicas no estatales, que constituyen expresiones de la

Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, establece como requisito previo la inscripción formal realizada por el Consejo Nacional Electoral a consecuencia de lo cual adquiere el estatus de persona jurídica. Las asociaciones de trabajadores, sindicatos, cooperativas, y otras contempladas en el Código de Trabajo, artículo 442, son personas jurídicas por resolución expedida por la Dirección Regional del Trabajo, dependencia del Ministerio de Trabajo.

Las compañías de economía mixta, es decir aquellas en las que las entidades del Estado tienen una participación única o mayoritaria, según lo dispuesto por el agregado al Artículo 300 de la Ley de Compañías se someterán a lo dispuesto a la Ley de Empresas Públicas, Artículo 1, es decir, se consideran personas jurídicas públicas. Las compañías en las que tienen participación minoritaria las entidades del Estado se regirán por la ley de Compañías como personas jurídicas de carácter privado.

También las personas jurídicas extranjeras registradas de acuerdo a los arts. 33 y 415 de la Ley de Compañías, o de acuerdo al Reglamento para el otorgamiento de la personalidad jurídica a las organizaciones sociales expedido mediante Decreto ejecutivo N. 193, publicado en el Registro Oficial Suplemento n.100 del 27 de octubre del 2017, forman parte del campo de aplicación de la responsabilidad corporativa del Artículo 49 del COIP.

A manera de resumen, los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva, como son la Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas; los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos, tienen personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y las perso-

pluralidad política del pueblo y sustentarán concepciones filosóficas, políticas, ideológicas, incluyentes y no discriminatorias...

nas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central no tienen personalidad jurídica y tendrán sólo las respectivas competencias asignadas⁴.

4.- ESTATUTO REGIMEN JURIDICO ADMINISTRATIVO FUNCION EJECUTIVA, ERJAFE. Decreto Ejecutivo 2428 Registro Oficial 536 de 18-mar.-2002 Última modificación: 08-abr.-2015. Los arts. al respecto señalan lo siguiente: "...Artículo 1.- OBJETO. - El presente estatuto instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva. Artículo 2.- ÁMBITO. - Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y,
- ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central. Los órganos comprendidos en los lits. a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás lits. conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva. La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales. En cualquier caso, en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente estatuto. Artículo 3.- PERSONALIDAD JURÍDICA. - La Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de

2. *Personas jurídicas excluidas.*

- a.- Una primera observación en relación con este punto es que la distinción con otros formatos organizacionales de carácter colectivo y comunitario que no reúnen los requisitos exigidos por la ley para ser denominadas como personas jurídicas, en especial el reconocimiento previo del órgano estatal como son los ministerios del área social, educativa, económica, financiera, reducen las posibilidades de intervención punitiva del Estado en estructuras que bien podrían ser sociedades de hecho en transición de reconocimiento formal y cuyas actividades generen algún hecho ilícito penal.

Tal es el caso de los consorcios que en nuestra legislación son asociaciones de personas jurídicas privadas, empresas, que se unen mediante un contrato de asociación con una estructura propia pero separada de la que tienen cada participante, diferente de sus partes, orientadas a la participación en un determinado proyecto, sin que esa asociación sea considerada como persona jurídica. Los administradores de ese consorcio pueden ser funcionarios de las empresas asociadas o terceros. Sin embargo, al estar habilitados para generar actos y contratos pueden incurrir en la comisión de delitos que beneficie a esa asociación sin que, en teoría, estos actos sean de aquellos que puedan generar responsabilidad penal para el consorcio. Dada la naturaleza de su formación, temporal para la ejecución de una obra o proyecto, las empresas integrantes podrían ser solidariamente responsables en lo civil, administrativo o tributario e incluso en lo penal porque en la práctica al carecer el consorcio de personalidad jurídica los actos ilícitos que cometan los administradores del consorcio podrían ser considerados como actos individuales de cada empresa.

- b.- A diferencia de los arts. 31 y 129 del Código penal español, en el Ecuador las sociedades de hecho se encuentran exclui-

sus fines. Sus órganos dependientes o adscritos tendrán sólo las respectivas competencias asignadas..."

das como sujetos de responsabilidad penal. Me refiero a toda agrupación que no cuenta con la aprobación y autorización de autoridad pública administrativa que, en ejercicio de su competencia legal, reconozca su personalidad jurídica.

- c.-** También se excluye a las corporaciones y empresas públicas con personalidad jurídica. El Artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, Ley s/n, publicada en el Registro oficial Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009 define a las empresas públicas como entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria. Cuando se excluye a las personas jurídicas de derecho público se entiende que se refiere a todas aquellas que pertenecen al sector público. Este sector de acuerdo al Artículo 225 de la Constitución está conformado 1. Por todos los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Las razones por las cuales se excluye a las personas jurídicas del sector público como sujetos de imputación penal no están muy precisadas. Acudiendo a las experiencias de otros países en los que sí se incluye al sector público, varios autores estiman que sería una imputación tautológica entre el Estado contra el Estado. Al no perseguir en forma exclusiva fines de lucro las personas jurídicas del sector estatal se colocan en una situación en la que el mismo Estado se impone una sanción penal y en mucho de los casos no será sino una multa, que metafóricamente implica el egreso financiero del bolsillo izquierdo del Estado para ponérselo en el derecho. Causa y efecto en el mismo ente desnaturaliza la institución de la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas. Si la sanción fuera una suspensión o liquidación de la persona jurídica pública que presta un servicio público a los ciudadanos nos encontraríamos en una situación problemática en términos de prestación de servicios que se verían igualmente suspendidos hasta que se cree una nueva empresa y se reemplace a los cuadros técnico -administrativos y políticos de la empresa. Incluso los efectos retributivos - preventivos de la pena pierden el efecto que una sanción penal debe causar en la comunidad dada la sanción a la corporación que presta servicios públicos, generalmente monopólicos que no pueden ser sustituidos rápidamente por otro prestador.

- d.- Están fuera también las personas jurídicas públicas creadas por ley para el cumplimiento de los fines del estado y que están reguladas por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE. Decreto Ejecutivo 2428 Registro Oficial 536 de 18-mar.-2002 y los estatutos que rigen el funcionamiento de los otros poderes del Estado y de las instituciones diversas que la conforman.

CAPÍTULO II

MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS ADOPTADO POR EL ARTÍCULO 49 DEL COIP.

Analizando este Artículo, el primer dato informante del modelo de responsabilidad penal descarta de plano la adopción de alguna posibilidad de autorresponsabilidad. Al contrario, la redacción de la mentada disposición legal es concluyente al evidenciar que lo acogido como sistema de imputación penal en la legislación ecuatoriana responde al modelo vicarial o de transferencia de responsabilidad de la persona natural a la persona jurídica, cuando el individuo que ha cometido un delito de acción u omisión⁵.

A. Antecedente del sistema vicarial.

La responsabilidad penal de la persona jurídica se remonta a los desarrollos jurisprudenciales anglosajones y norteamericanos del siglo XIX y XX. Uno de los primeros es el modelo de Atribución pura de orígenes feudales por el cual el señor feudal respondía por las consecuencias de la conducta de sus sirvientes por falta u omisión de control. Posteriormente se permitió la aplicación de este modelo para responsabilizar a las corporaciones por las acciones de sus empleados, pero era una responsabilidad de carácter civil y se fundamentaba en la omisión, aunque después en el siglo XIX se abre la posibilidad de una responsa-

5.- NIETO MARTIN, A. (2008): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad pena". Madrid: lustel (págs. 90 a 99).

bilidad objetiva en conductas activas de las corporaciones pero que se anulaba si se verificaba una intencionalidad criminal en la persona física.

El modelo de identificación o alter ego aparece a inicios del siglo XX y se caracteriza por asimilar las conductas de los directivos con la voluntad de la empresa. Las acciones de los directivos eran acciones de la empresa porque aquellos encarnaban la voluntad y el cerebro de la misma. Este modelo no respondía cuando las infracciones provenían de los empleados considerados solo las manos de la corporación. Si el delito fue cometido por los empleados las empresas generalmente se excepcionaban de la responsabilidad demostrando la debida diligencia y el haber realizado los debidos controles.

Sin embargo, buscando el antecedente del modelo vicarial de atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, María Ángeles Villegas García en su tesis doctoral⁶ sobre el tema, desde la jurisprudencia angloamericana, evidencia la existencia de un tipo de relación entre dos personas físicas o jurídicas, de carácter fiduciario, que se crea cuando una persona llamada principal acepta que otra persona sobre la que ejerce un control, denominada agent, actúe en su nombre y por su cuenta. Este sistema es un rezago, según Artaza Varela Eduardo,⁷ de una práctica colonial de sancionar civilmente a los patrones por las acciones que realicen los esclavos considerados inimputables para responder penalmente por su conducta, aunque después se extendió a las relaciones laborales y a otras en donde el punto de referencia era el poder de control de una persona sobre la otra.

6.- VILLEGAS GARCÍA, M. (2015): "Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América". En: Tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid. Madrid, (págs. 138 a 150) Rescatado de <http://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>

7.- ARTAZA VARELA, E. (2013): "La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal". Buenos Aires: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A. (pág. 85).

También ORTIZ DE URBINA⁸ concluye que el carácter individualista del common law impregnado en la legislación norteamericana, imperante hasta segunda mitad del siglo XX, no pudo responder a factores propios del desarrollo comercial y tecnológico alcanzado ni tampoco al papel social cada vez más influyente que tenían las empresas en la sociedad moderna. Sin olvidar la influencia de la especialización de funciones de la administración empresarial por sobre la propiedad de la misma y la generación de problemas que se encontraba en la determinación de la responsabilidad penal individual subjetiva, aspecto que según este autor se discutiría en España cien años más tarde en el artículo de ZUGALDÍA ESPINAR "Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*", autor que junto con ROXÍN concluyen en la necesidad de fundamentar esta responsabilidad desde el punto de vista político criminal. La dogmática penal debía estar orientada a la "...solución de problemas prácticos relajando las pretensiones de sistematicidad y rigor lógico para dotar a sus categorías de cierta flexibilidad en el entendido de que ésta era necesaria para la más efectiva resolución de problemas político criminales..."⁹.

En este sentido la sentencia del caso *New York Central and Hudson River Railroad Company vs United States*, 1909, estableció que los delitos cometidos por cualquiera de los empleados de la persona jurídica le pueden ser imputados a ésta si actúan en ejercicio de sus funciones y en beneficio de la misma. Entre las varias razones que se esgrimieron para la adopción de este principio estuvo la protección del interés público que se debía proteger ante cualquier hecho delictivo. Este modelo se aplicó

8.- ORTIZ DE URBINA, G.I. (2014). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american way". En: HORTAL IBARRA, J. y VALIENTE IBÁÑEZ, Vicente: "Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de detección, prevención y reacción penal". Juan Carlos Hortal Ibarra y Vicente Valiente Ibáñez, Coordinadores. Editorial B de F. Buenos Aires. Pág. 35 a 49.

9.- ORTIZ DE URBINA, G.I. (2014:28)

hasta la década de los setentas en los que cedió ante la insistencia del sector empresarial de restringir las causales de responsabilidad a los siguientes requisitos: a) Que el hecho delictivo tenga lugar en el cumplimiento de los deberes del empleado; b) Que entre en su ámbito de competencia; c) Que pretenda beneficiar a la organización. Desde esa década hasta nuestros días la legislación norteamericana ha experimentado una evolución en el sistema de RPPJ que ha desembocado en la priorización de sistemas de responsabilidad corporativo de carácter más preventivo que punitivo¹⁰.

La institución denominada respondeat superior exige tres tipos de requisitos de configuración: a) que sea producto de un mutuo acuerdo por ambas partes; b) Que exista un control por parte del principal sobre el agent y que el agent actué en su nombre y representación. De tal forma que un criterio de atribución de responsabilidad se forma por esta relación caracterizada por el hecho de que las consecuencias de los actos realizados por el agent, en el ámbito de sus funciones, son de responsabilidad del principal porque se beneficia de sus actuaciones y porque está en mejor posición para asumirla.

Pero en materia penal esta doctrina trastoca sus clásicos fundamentos porque responsabilizar a una persona por los actos de otra no es una cuestión de simple atribución. Pero para el derecho anglo – americano debe tomarse en consideración además el hecho cierto de que ciertas actividades desempeñadas por las personas jurídicas son de tan alto riesgo que se justifica responsabilizarlas penalmente aunque ellas por si mismas no hayan cometido ningún ilícito. La jurisprudencia anglosajona solo excepcionaba en el caso de que el empresario no tenía ninguna capacidad de control sobre sus dependientes o que en su defecto ha realizado actos convincentes para evitar la comisión del delito.

En relación con la responsabilidad penal de los entes colectivos los tribunales federales de los Estados Unidos adoptaron este

10.- ORTIZ DE URBINA, G.I. (2014: 44-46).

modelo vicarial por el que las personas colectivas eran responsables de los delitos cometidos por alguno de sus representantes o empleados, cuando suceda con ocasión del ejercicio de sus funciones que les corresponda dentro de la corporación y estén direccionadas a beneficiarlas. El argumento central propio del pragmatismo anglosajón¹¹ se sustentaba en que ninguna entidad jurídica especialmente la dedicada a los negocios podía dejar de ser responsable penalmente por la única razón de que sus principales socios y accionistas no hubieran participado en forma directa en la comisión del delito, peor aún, incrementar su patrimonio con bienes producto de las infracciones cometidas por sus dependientes y trabajadores que lo realizaron en forma voluntaria y dentro del ámbito de sus competencias. Y no era justo porque los socios y administradores principales tienen el deber estatutario de vigilar las actividades de sus subordinados y una de ellas es el cumplimiento de la ley.

Además, según VILLEGAS GARCÍA¹², en varios casos importantes en los Estados Unidos bastaba que la Fiscalía comprobara que uno solo de los miles de empleados de una compañía, incluso sin identificarlo, cometiera la infracción para que la persona jurídica fuera declarada culpable del delito imputado, aun cuando el ente corporativo haya tomado todas las precauciones y aun cuando haya desarrollado programas de prevención o compliance programs. Esta aplicación extrema de la doctrina del respondeat superior o sistema vicarial terminó en Estados Unidos desalentando a las empresas a implementar programas de prevención y cumplimiento de las normas de seguridad porque

11.- La misma autora, Villegas García María, menciona las sentencias que consagraron la aplicación de este principio vicarial en los Estados Unidos de Norteamérica, entre ellas, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal, en 1909, en el caso *New York Central R. Co. v. United States* 485, donde el Alto Tribunal; También la sentencia dictada en el caso *United States v. A&P Trucking Co.* 488; Igual la sentencia dictada en el caso *Standard Oil Co. v. United States* 490; Sentencia del Tribunal Supremo decidió el caso de *New York Central & H.R.R. Co. v. United States*, 1909, 212 U.S. 481, 29 S.Ct. 304, 53 L.Ed. 613; Artaza Varela menciona como caso emblemático *New York Central & Hudson River Railroad vs United States*.

12.- VILLEGAS GARCÍA, M. (2015:170 y ss.)

a la hora del juzgamiento siempre resultaban responsables y la adopción de programas internos de control preventivo no servía ni como atenuantes no eximentes de responsabilidad. De la necesidad de superar estos desequilibrios nacen otros sistemas modificadorios al respondeat superior como el sistema del collective knowledge and action. En definitiva, los criterios de justificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema vicarial anglosajón tienen su fundamento más en criterios de equidad que en criterios basados en la culpabilidad penal de las personas jurídicas

B. El modelo vicarial adoptado en el COIP

La redacción del Artículo 49 del COIP contiene el establecimiento de un modelo de responsabilidad penal vicarial para los entes colectivos cuyos componentes es preciso analizarlos en forma individual:

1. Los que actúan a nombre de la empresa.

La pregunta básica en relación con este punto es la identificación de quiénes son las personas naturales que actúan en nombre de la persona jurídica para que surta el efecto de la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Es decir, identificar los funcionarios y empleados cuya responsabilidad por sus acciones delictivas es desplazada al ente colectivo. Textualmente se puede distinguir que el grupo de empleados o funcionarios cuyas acciones tipificadas como infracciones penales constituyan antecedentes de atribución a las personas jurídicas son:

- a.- Los ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión. Es decir, si el delito lo cometen las personas que tienen la capacidad de verse y constituirse como autoridades que toman las decisiones principales sobre las actividades generales de administración del ente corporativo. Estamos hablando del gobierno corporativo o de alguno de sus integrantes, como por ejemplo, consejo

de administración, órganos de control y vigilancia, direcciones generales, gerentes, factores, administradores de hecho.

Queda descartada de plano la teoría restringida de responsabilidad mediante la cual únicamente los actos delictivos cometidos por los representantes legales eran asumidos como los cometidos por la persona jurídica. Se amplía el abanico de agentes del delito ya que incluye a los representantes legales de hecho o "convencionales" según la expresión utilizada por el Artículo 49 del COIP. Ya nos habíamos referido que los representantes legales de hecho como aquellos que no reúnen las condiciones de nombramiento por falta de algún requisito de aceptación o inscripción o registro en trámite y que todavía no adquiere el estatus de representante legal, pero que pese a ello ejercen atribuciones reales de dirección y de poder administrativo.

- b.- El delito lo cometen quienes actúan bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas en el núm. 1) anterior. En este grupo podremos identificar no solo a quienes tienen la característica de ubicarse en la plana de los mandos medios operativos con capacidades de decisión en cuanto a la ejecución de las directivas generales impartidas por el grupo de los directivos y administradores, sino a todo trabajador llano que actúa bajo instrucciones de los grupos ubicados en el medio y en el plano superior de la persona jurídica.
- c.- Terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en actividades de gestión, bajo la dirección de las personas descritas en el núm. 1ero. y 2do. Todas aquellas personas que sin ser empleados de la persona jurídica actúan a nombre de ella por delegación o directiva de los mandos medios y superiores. Para que una actividad criminal de un tercero, ajeno a la empresa, se constituya en un acto imputable a la persona jurídica no es necesario que tenga un origen en un contrato firmado con el representante legal sino que incluso abarcarían aquellos actos provenientes del encargo propio de un agente oficioso. La agencia oficiosa consiste en que

una persona o tercero administra sin el mandato ni convenio alguno, ni expreso ni tácito, los negocios de otro. El Artículo 2186 del Código Civil ecuatoriano define a la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos.

Por lo tanto, las actuaciones de un tercero que actúe extracontractualmente en nombre de una empresa y sin autorización de los representantes legales de ésta y que por este hecho cometa un delito no puede transferir la responsabilidad a la persona jurídica porque se trataría de un hecho ajeno a la misma en razón de que el Artículo 2190 del Código Civil dispone que si el negocio ha sido mal administrado, el gerente o agente oficioso es el único responsable de los perjuicios. Además, la agencia oficiosa, por su naturaleza, adolece de la carencia de una de las exigencias del Artículo 49 del COIP que exige una actuación del agente oficioso o tercero bajo órdenes o instrucciones de los directivos o administradores. La disposición antes referenciada debe referirse a terceros que actúan bajo las directivas expresas de los principales de la persona jurídica para que exista el fenómeno normativo del desplazamiento de la responsabilidad a los entes corporativos.

Una primera conclusión sobre los límites de la responsabilidad penal de la persona jurídica estaría dada por la eliminación de la opción de la simple actuación del funcionario dentro del marco de sus propias atribuciones como criterio de transferencia de la responsabilidad. Se exige que además el funcionario tenga una determinada posición jerárquica de autoridad o administrador de la misma o que, en su defecto, sea un funcionario que se desempeñe bajo el mandato de aquellos.

En otras palabras, el criterio adoptado es aquel por el cual se puede afirmar que basta que un funcionario obre por órdenes de otro funcionario para que se pueda igualmente afirmar que

actúa a nombre y por cuenta de la persona jurídica. Si en esta actuación comete un delito, esta infracción será atribuible a la corporación. Es decir, "...la empresa actuaría a través de todos sus integrantes o empleados. Este sentido sería el más consecuente desde la perspectiva original de este modelo transferido de la responsabilidad civil..."¹³ por lo que la conducta individual es condición previa para la existencia de la conducta corporativa. A falta de aquella, existe ausencia de la segunda y por ende, de uno de los principales requisitos para establecer las consecuencias jurídicas del Artículo 49 del COIP.

Pero la descripción del tipo penal y el modelo explicativo asentado no descartan las posibilidades que otros cursos causales puedan determinar la obligatoria transferencia de responsabilidad a las personas jurídicas. Un ejemplo podríamos encontrar en los actos de mera tolerancia del empleado superior de ciertos actos desviados del inferior sin que medie una autorización suya; o el caso de ocultación de actividades del inferior que las realiza en su propio provecho e indirectamente en provecho de la empresa; o de quienes ordenan la ejecución de determinados actos sin que tengan autorización ni autoridad para ello.

2. La actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho.

La expresión "por cuenta" de la persona jurídica, implica que debe existir una relación de dependencia entre la actuación de la persona individual y la persona jurídica, de tal forma que la persona física actúe en representación de la persona jurídica y no por cuenta propia del empleado. En palabras de ZUGALDÍA¹⁴

13.- ARTAZA VARELA, E. (2013:90)

14.- ZUGALDÍA ESPINAR, J. "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español". Recuperado de http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292343731167?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Jose_Miguel_Zugaldia_Espinar.PDF

la persona física actúa en nombre y por cuenta del ente corporativo cuando su actividad o su omisión lo realizan en el seno de la persona jurídica y dentro de las atribuciones que le confiere el marco estatutario interno de la misma. Siendo así la actuación de la persona natural se encuadra dentro del ejercicio de las actividades sociales de la corporación, o sea, relacionado con el giro social o comercial que tiene la empresa, con el tipo de tareas propias de la persona jurídica. Única situación que permite que la acción de la persona física aparezca en el contexto social como un acto de la persona jurídica.

En consecuencia, no todo delito cometido en el interior de la persona jurídica es suficiente para derivar en responsabilidad del ente colectivo, sino exclusivamente aquel acto en que la persona individual haya actuado en el ejercicio de las actividades que tiene encomendadas y en provecho de la corporación, aunque sea mínimo este último. En definitiva, es el actuar dentro del ámbito y dentro del ejercicio de sus competencias, como nos dice Feijoo Sánchez¹⁵.

Lastimosamente en el Artículo 49 del COIP el legislador ecuatoriano no exige el actuar a nombre o por cuenta de la persona jurídica, a diferencia del sistema español, como un presupuesto o criterio de imputación de la actuación de los principales directivos de la empresa y de los dependientes que actúan bajo órdenes de los administradores. Esta omisión, que no pasa desapercibida por el Artículo 31 del Código Penal español ni por otras legislaciones europeas, trae aparejada una serie de dificultades que entendemos importante puntualizarlas:

- a.- No estamos frente a un sistema mixto de responsabilidad similar al sistema español. El Artículo 49 del COIP muy claramente determina las personas jurídicas nacionales o extran-

15.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2012). "Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del Artículo 31 Bis 1". En: BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: "Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi SA. (pág. 99).

geras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes son sus propietarios, administradores o empleados que actúen bajo sus órdenes o instrucciones. No se menciona que la responsabilidad provenga de algún acto indicativo de algún hecho propio o de algún defecto de organización.

- b.-** La no mención de que las actuaciones de los administradores sean limitadas al marco de sus atribuciones (actuar en nombre, a nombre o por cuenta de la persona colectiva) implica una reproducción o ampliación muy extensa del abanico de conductas que las personas físicas podrían realizar como antecedentes de imputación penal a la corporación.

En efecto, al no poder limitar las actuaciones penalmente relevantes de las personas naturales al ámbito de sus atribuciones constantes en los reglamentos o disposiciones normativas de la persona colectiva, se abre paso en forma indiscriminada la posibilidad de no diferenciar los actos de extralimitación en la representación por parte de los administradores. Gómez Jara¹⁶ diferencia la extralimitación a casos de extralimitación formal, cuando el representante realiza actos que no están dentro de sus competencias estatutarias formalmente establecidas; y la extralimitación material que se produce cuando el representante actuando dentro de sus competencias formales contradice alguna disposición de política empresarial interna.

Pero la pregunta que debe hacerse con respecto a este punto es si tiene relevancia social el hecho de que el administrador de una persona jurídica o de una corporación, por ejemplo,*

16.- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2012): "La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (Artículo 31 bis del Código Penal)". En: Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas. Lima: ARA Editores (Pág. 312).

que comete un delito en provecho de la misma, está legitimado por aquella para para realizar estos actos. La tendencia de la doctrina española¹⁷ es que quien ejecuta materialmente un acto relevante penalmente sin que tenga funciones previamente otorgadas por la persona jurídica, o las ejecuta sin representación formal, ha realizado una acción calificada como dominio social del hecho. Quien la ejecuta asume fácticamente la calidad de autor, porque ha utilizado los medios e instrumentos puestos a su disposición por el ente corporativo aun careciendo de las condiciones exigidas en el tipo para serlo, no excluye la responsabilidad social y sigue siendo un hecho de la empresa porque el factor subjetivo del sujeto individual no debe ser factor decisivo en la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica.

- c.- Las legislaciones europeas se inclinan por una interpretación menos restrictiva en cuanto a que el ámbito de las atribuciones de los representantes de las personas jurídicas sea condición determinante de la responsabilidad por el potencial fraude que podría registrarse en la derivación de la misma hacia los eslabones más débiles de la estructura corporativa. Por tanto no es desatinado pensar que el legislador ecuatoriano pretendió obviar estas discusiones. Es una posición más objetiva y práctica en cuanto a que podría existir un ahorro procesal por las serias dificultades probatorias que podrían presentarse al pretender determinar las atribuciones o las competencias al interior en el actuar de los representantes del ente colectivo.
- d.- El legislador ecuatoriano al eliminar esta circunstancia casuística del obrar a nombre y por cuenta de la persona jurídica elimina uno de los argumentos frecuentemente recurridos en la justicia internacional, y española concretamente, de limitar el ámbito de la responsabilidad de las corporaciones a lo que realicen sus funcionarios o administradores dentro de las restringidas atribuciones otorgadas por sus estatutos o a las disposiciones emanadas de las autoridades como políti-

17.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2012:99)

cas internas. Sería algo absurdo desconocer que la misma persona que actúa como administrador y ejecutor de las políticas lícitas de la corporación pueda realizar actos ilícitos en beneficio de aquella sin conocer las consecuencias penales derivadas de ella. Como bien lo señala la circular FGE 1/2011, Fiscalía General de España, estas actuaciones constituirían simples “maquillajes” para eludir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En conclusión, si bien es cierto que la transferencia de responsabilidad opera desde la persona física administradora hacia la persona jurídica no es menos cierto que, para la legislación ecuatoriana, no se requiere de la verificación del requisito de la existencia de una autorización para actuar a su nombre o del cumplimiento de las atribuciones normativas otorgado por la persona colectiva. Basta que sea parte del conjunto de integrantes a los que se refiere el Artículo 49 del COIP sin que importe los esfuerzos que podría haber realizado la corporación para prevenir o desarrollar programas de prevención del mismo hecho concreto que se juzga o a nivel de políticas generales implantadas en la institución. La ley cierra toda abertura por la que podría escurrirse la responsabilidad penal. Amplía el ámbito de responsabilidad a toda actuación de la persona física en las tareas que ejecuta y derivada de la simple calidad de empleado o funcionario de la corporación que termine en la comisión de un delito siempre y cuando se verifique la existencia de algún beneficio para la persona jurídica¹⁸.

18.- GARCIA FALCONI, R. (2017:393 - 394). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, especial enfoque al caso ecuatoriano. En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (dir), NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España”. Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 375 a 399). El autor dice textualmente “... Este primer modelo básico no es aplicable a la realidad jurídico – penal ecuatoriana ya que fundamenta la sanción al órgano y a la persona jurídica sobre la base de una responsabilidad por el hecho de otro, pues olvida que las grandes empresas no responden a criterios individuales, sino a prácticas y procedimientos estructurales, de forma, que esta atribución no puede darse gracias al cumulo de voluntades de las personas físicas y al modelo

3. Delitos cometidos para beneficio propio de la persona jurídica o de sus asociados.

Una primera observación que podemos hacer en relación con este tema es que la motivación o las finalidades de la actuación de la persona física trascienden el plano del beneficio o provecho individual dentro de los límites de su interés subjetivo, aunque no se descarte una intencionalidad mixta: por beneficiarse a sí mismo beneficia indirectamente a la empresa. El beneficio propio engloba una serie de prestaciones ventajosas que la conducta del individuo puede significar para el patrimonio de la empresa, tal es el caso de beneficios económicos, incremento de activos, ganancias adicionales, concretos, reales o potenciales, como las expectativas de un incremento en el valor de las acciones o de sus activos. Igualmente, los beneficios pueden elevarse por sobre el exclusivamente patrimonial y responder a una política de ahorro en los costos de producción de sus bienes servicios o incluso a la implementación de medidas que tengan como prioridad la evitación de daños o perjuicios que una determinada circunstancia pueda ocasionar a la persona jurídica.

El beneficio puede entenderse también en la búsqueda de posicionamientos de la imagen corporativa en el mercado o en el incremento/mantenimiento del prestigio del ente colectivo en el ámbito nacional o internacional. En un sentido amplio, "...la acción debe ser valorada como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente

al que se ajusta nuestra legislación penal....El modelo de responsabilidad directa de la persona jurídica responde a la responsabilidad jurídica directamente atribuida a la empresa, no requiere ninguna transferencia; es una responsabilidad de estructura anónima...Desde nuestro punto de vista, este modelo es el que mejor se ajusta a la estructura de responsabilidad penal existente en el recientemente aprobado COIP...". Sin embargo, esta posición de lege data no se ajusta exactamente a lo dispuesto por el Artículo 49 del COIP. Más bien la entiendo como una propuesta de regeferenda porque el modelo vicarial adoptado es contrario a los presupuestos normativos generales establecidos en el COIP y en la Constitución.

no se produzca. Así considerado, el provecho de la sociedad no constituye necesariamente una partida susceptible de valoración mediante una operación aritmética o un asiento contable, de modo que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumple la exigencia del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros...”¹⁹

Claro que la valoración objetiva del beneficio no es una tarea ex post porque a la larga puede que los actos delictivos ocasionen perjuicios a la persona jurídica con el peligro de generar un desvalor de la sentencia emitida en su contra. Por ello se exige que la valoración del beneficio se realice ex ante con el apercebimiento objetivo de la intencionalidad o la tendencia de beneficiar al ente corporativo, y también en su propio provecho, que tuvo la persona física en el momento de la comisión del hecho delictivo. Esto descarta una valoración desde la subjetividad de la persona física porque de ser así estaríamos frente a un hecho individual y no frente a uno propio de la persona jurídica.

En el plano de las posibilidades debe descartarse que el elemento subjetivo, esto es la intencionalidad de la persona activa, sea el determinante para demostrar la existencia del requisito del beneficio. Basta que la empresa haya vislumbrado la posibilidad de obtener alguna ventaja de cualquier naturaleza con el acto penalmente relevante realizado por la persona física para que se cumpla este requisito de imputabilidad porque podría darse el caso en el cual, dada las estructuras muy complejas de ciertas personas morales, los sujetos individuales que realizan una acción no tengan consciencia de que el acto que realizan es un delito y de si reporta o no un beneficio para la empresa con lo que la persecución del Estado de estos actos delictivos que ejecutan al interior de una persona jurídica quedarían en el campo de la impunidad. De allí la exigencia de un análisis plenamente objetivo de las intencionalidades que se hayan encubado en la

19.- FISCALÍA GENERAL DE ESPAÑA. CIRCULAR 1/2011 Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010. (pág. 43).

mente del funcionario; porque, por ejemplo, si un empleado pensó perjudicar a la empresa pero con el ilícito cometido terminó beneficiándola, objetivamente sería considerada un beneficio en los términos exigidos en la redacción del Artículo 49 del COIP. Es decir, el requisito del beneficio debe ser analizado en forma objetiva y ex ante. Pero si el beneficio de la actuación del funcionario de la persona jurídica estaba dirigido a beneficiar exclusivamente al propio empleado o a terceros ajenos, o sin relación contractual con la persona jurídica, entonces no existe responsabilidad penal del ente colectivo.

4. Responsabilidad acumulativa.

El texto del Artículo 49 del COIP determina que la persona jurídica no realiza, por sí misma, ningún hecho delictivo desencadenante de responsabilidad penal. Entonces si esta responsabilidad no es autogenerada por el propio ente moral ¿quién lo desencadena?

La acción penalmente relevante lo comete exclusivamente la persona física desestimando de plano cualquier referencia o posibilidad de que en la legislación penal ecuatoriana la responsabilidad penal de las personas jurídicas se origine por un hecho propio de la corporación. Sin embargo, por cuestiones de política criminal los entes corporativos son los llamados a sufrir las consecuencias punitivas de los actos cometidos por los individuos que la conforman, bajo ciertas circunstancias. Pese a no introducir una nueva categoría de autoría o de otra forma de participación penal ni cumplir con las exigencias normativas que requiere el juicio de reproche de culpabilidad, se reputa culpable a la persona colectiva por un suceso cometido por otro.

El Artículo 49 establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. Independiente sí, en el sentido de que la transferencia de responsabilidad no es automática sino

que deben cumplirse los parámetros establecidos en el mismo Artículo 49 como es el grado de relación del infractor con la empresa y la verificación de la existencia de beneficios para ésta.

En la doctrina, la responsabilidad acumulativa significa que la culpabilidad del ente colectivo no debe excluir la de sus integrantes individuales sino que debe responder penalmente tanto los individuos como la persona jurídica, cada quien por sus propias acciones. En otras palabras, la responsabilidad penal corporativa no debe reemplazar ni oponerse a la responsabilidad penal de los individuos que la conforman, son independientes porque la una no depende de la existencia de la otra, la una no transfiere responsabilidad a la otra. Implica la existencia procedimental de dos sujetos procesales dentro de un mismo proceso penal, unitario, cada quien compareciendo para responder por sus propios actos, en el marco de una imputación penal con formulación de cargos diferenciados. Este sistema acumulativo se fundamenta en la doble imputación puesto que presupone que la responsabilidad de los entes morales no puede excluir a las personas físicas que actuaron directamente en calidad de autores o cómplices.

Cuando el COIP equivocadamente establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervienen con sus acciones u omisiones en la comisión del delito olvida que la independencia de la RPPJ requiere no de un sistema vicarial extremo como el que hemos adoptado en el Ecuador sino de un sistema de auto responsabilidad similar al que está vigente en varios ordenamientos del continente europeo. En efecto, pretender tal independencia de responsabilidad carece de sentido dada la gravedad del sistema de responsabilidad acumulativa adoptado por el Artículo 49 del COIP como un modelo postizo y extraño a la configuración del mismo sistema vicarial extremo adoptado en parte, porque lo acumulativo requiere una responsabilidad penal que no tenga como origen infracciones penales

cometidas por una persona física sino por actos atribuibles a la persona jurídica como tal.

Contextualizando la opinión anterior OSCAR MORALES advierte que cuando es imposible determinar a la persona física autora de ilícito el ordenamiento jurídico requiere de un sistema de imputación corporativa que haya incorporado la responsabilidad por hecho propio debido en tanto porque "...la determinación de un hecho merecedor de reproche penal requerirá siempre la identificación del hombre de atrás. El puro defecto organizativo no puede sustituir in totum el tipo penal de referencia para erigirse en tipo genérico en el que subsumir cualquier conducta de imposible atribución a un individuo..."²⁰.

Esta improvisación en nuestra legislación supondría un contradictorio escenario procesal en el cual un empleado que comete un delito con beneficio para la persona jurídica no es encontrado culpable pero los jueces eventualmente podrían encontrar responsable a la persona jurídica. Es decir, la persona jurídica es responsable sin transferencia de responsabilidad porque la persona física salió absuelta, contraviniendo el Artículo 49 que exige de una responsabilidad previa del empleado. Aquello supondría una desvaloración de ciertos actos delictivos atribuibles a la persona corporativa en un contexto legal en el que una persona jurídica no puede realizar actos por sí misma sino a través de sus administradores, propietarios, trabajadores o representantes que ya fueron objeto de juzgamiento sin responsabilidad alguna. El sistema acumulativo doctrinariamente desecha en forma radical el sistema de transferencia de responsabilidad penal por un hecho ajeno como el adoptado por el COIP, porque para su implementación se requiere de acciones penales iniciadas en contra de las personas físicas y también de forma independiente en contra de las personas jurídicas que concurrirán indistinta-

20.- MORALES, O. (2011). "La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal". Conferencia en homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada. 2011. Recuperado del sitio <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3202/documento/art18.pdf?id=3347>

mente como sujetos procesales con capacidad de ejercicio de sus derechos constitucionales.

En relación con la independencia de la RPPJ frente a las personas físicas contemplado en el Art 49 penúltimo inciso del COIP podemos categóricamente afirmar que no responde a posibilidad de que exista un juicio independiente en contra de la persona jurídica independientemente del juicio en contra de la persona física. Tampoco responde a la posibilidad de que exista un enjuiciamiento por conductas por un hecho propio o por un defecto de organización no derivadas de la conducta de los individuos como tal porque nuestro sistema es un modelo de responsabilidad por transferencia que exige una condena previa de la persona física. La interpretación más benigna, para no descartar la insolvencia académica del legislador en este tema, sobre la posibilidad de una independencia de la responsabilidad penal vendría a consecuencia de las siguientes posibilidades procesales:

- a.- Que la persona natural no haya sido encontrada culpable del delito que se le imputa, lo que configuraría el hecho por el cual la persona jurídica tampoco puede ser declarada culpable.
- b.- Si durante el proceso penal, la persona física acepta un acuerdo conciliatorio, o existe un desistimiento, o fallece la persona natural, el efecto inmediato previsto por la ley es la extinción de la acción penal y el archivo del proceso, con lo cual la persona jurídica no puede ser procesada porque no existe el presupuesto de transferibilidad de la responsabilidad de la persona física a la jurídica.
- c.- Si procesalmente a la persona física le encuentran culpable y, en el ejercicio del derecho a la intervención, la persona jurídica demuestra que ese individuo no es ni gerente, ni administrador, ni propietario, no es trabajador o tercero que está vinculado con la corporación, o simplemente no experimenta beneficio alguno por la operación ilícita objeto del juzgamiento, entonces no puede ser encontrada culpable.

- d.-** De darse el caso de la existencia de un concurso ideal de delitos por el cual exista la posibilidad de que en un solo proceso la persona física sea encontrada culpable de un delito para el que la ley no le califica como agente activo a la persona jurídica (*numerus clausus*), un asesinato por ejemplo, el juez no podrá realizar acto de transferencia de responsabilidad alguno a la persona jurídica.

En este sentido y solo en este sentido cabría entender la voluntad del legislador ecuatoriano de introducir la independencia de la responsabilidad penal entre entes físicos y morales. La declaratoria de responsabilidad para las personas jurídicas no es un acto automático que se deriva per se de la sentencia condenatoria del funcionario corporativo. El juez debe verificar y la persona jurídica debe colaborar con aportes que demuestren la existencia de los presupuestos que acarrearán la responsabilidad penal, es decir, que exista un delito cometido por sus funcionarios, propietarios, empleados o terceros dependientes y que ese delito le haya reportado beneficios *ex ante*. Si no se verifica la existencia de estos dos requisitos a más de la previa responsabilidad de la persona física entonces no existe responsabilidad penal de la persona jurídica. En este sentido hay que entender lo que el Artículo 49 denomina responsabilidad independiente.

5. *Numerus Clausus.*

El *numerus clausus*, es una locución latina que se utiliza frecuentemente en la jerga de la dogmática jurídica y literalmente significa "relación cerrada", o "número limitado" y se la utiliza como un indicativo de que determinada característica de un determinado grupo se encuentra limitado a esos elementos, más allá de los cuales aquella característica no se la aplica. En el caso de nuestro tema la RPPJ puede exigirse únicamente respecto de aquellos delitos en que expresamente así lo haya pre-

visto las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal que a la fecha actual son los que a continuación mencionamos.

En los delitos contra la humanidad (Sección Primera, 11 tipos: genocidio, etnocidio, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, persecución, apartehid, agresión y delitos contra lesa humanidad, Arts. 79 a 89 del COIP); en los delitos de trata de personas, arts. 91 - 94; los delitos de la Sección Tercera referentes a las Diversas formas de explotación: Extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos; tráfico de órganos; realización de procedimientos de trasplante sin autorización; turismo para la extracción, tratamiento ilegal o comercio de órganos; explotación sexual de personas; prostitución forzada; turismo sexual; pornografía con utilización de niñas, niños y adolescentes; comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes; trabajos forzados u otras formas de explotación laboral; promesa de matrimonio o unión de hecho servil; adopción ilegal; empleo de personas para mendicidad, arts. 95 al 108 del COIP; Artículo 20: Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras; insolvencia fraudulenta, Artículo 205: Quiebra fraudulenta de persona jurídica, Artículo 207; Artículo 213: delitos contra la migración; Artículo 217, Producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados; Artículo 218, desatención del Servicio de salud; Artículo 235, engaño al comprador respecto de la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos; Artículo 237, Destrucción de bienes del patrimonio cultural; Artículo 242, Retención ilegal de aportación a la seguridad social; Arts 260 a 267, Sección quinta de los delitos contra los recursos humanos, Actividad ilícita de recursos mineros, Financiamiento o suministro de maquinarias para extracción ilícita de recursos mineros, paralización del servicio de distribución de combustibles, adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles; almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo

o biocombustibles; almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial.; sustracción de hidrocarburos.(sanción a PJ Artículo 267); Arts. 297 y 298, enriquecimiento privado no justificado, defraudación tributaria, Sección octava de los delitos Económicos, Arts. 307 a 326 del COIP: pánico económico, agiotaje, usura, divulgación de información financiera reservada, ocultamiento de información, falsedad de información, defraudaciones bursátiles, falsedad documental en el mercado de valores, autorización indebida de contrato de seguro, operaciones indebidas de seguros, lavado de activos, incriminación falsa por lavado de activos, omisión de control de lavado de activos, simulación de exportaciones, actos ilegales tendientes al alza de precios de productos sujetos a precio oficial, pánico financiero, captación ilegal de dinero, falsedad de información financiera, descuento indebido de valores. El total de delitos tipificados individualmente y que son atribuibles a las personas jurídicas alcanzan la cantidad de setenta y cuatro.



CAPÍTULO :

PARTE II

ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA



CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD PENAL Y PRESUPUESTOS PROCESALES EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones europeas y latinoamericanas no solo ha significado un radical cambio de modelo de imputación penal tradicionalmente concentrado en la persona natural como centro de gravedad de la actividad investigadora del Estado. Va más allá, implica la construcción de una arquitectura procesal que supera el antropocentrismo como único paradigma del Derecho procesal penal. El rediseño procesal que debía acompañar a la reforma penal en el Ecuador carece de las virtualidades de las previsiones procesales para hacerla más eficaz a los objetivos propuestos con la introducción de la RPPJ. Este prototipo legislativo del COIP sugiere la aplicación unificada del mismo estatuto procesal penal individual previsto para las personas físicas en el juzgamiento de los delitos atribuidos a las corporaciones, abriendo de esta forma un espacio oscuro de indefiniciones que podría afectar el sistema constitucional del debido proceso, más allá de la puesta a tono con las modernas corrientes de la doctrina penal en relación a la RPPJ en nuestro ordenamiento jurídico.

Las personas jurídicas como objetos de imputación penal gozan, al igual que las naturales, de las prerrogativas del debido proceso y del principio de culpabilidad constitucional como sustento garantista del juicio justo. Sin embargo existen dudas por las carencias materiales y sustantivas que viabilicen su operatividad. La pretensión de determinación de la responsabilidad penal de

las personas jurídicas mediante el sistema procesal unificado no puede renunciar a la aplicación racional del sistema de protección de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos que ostenta la Constitución y el COIP, entre ellos el principio de legalidad²¹.

La carencia de un procedimiento penal para el juzgamiento a los entes morales amplía las posibilidades de que el juez, ante la exigencia legal de impartir justicia aun en ausencia de ley y aplicando la interpretación axiológica, invada los vedados espacios de la analogía desencadenando una presión adicional a nuestro sistema procesal penal relativamente nuevo y carente de una jurisprudencia orientadora que tapice los agujeros de la legislación penal. La aplicación por reflejo de las reglas procesales de las personas naturales a las personas jurídicas genera desde ya muchos inconvenientes.

No se puede negar que algunas previsiones procesales no generan dificultad alguna pero también es cierto que muchas de ellas son de dudosa legitimidad por la pretendida trasposición analógico por la dificultad que genera la identificación del hecho generador y los presupuestos de la imputación que fundamenten la responsabilidad penal de las corporaciones. Similar preocupación tuvieron los juristas españoles tras la aprobación de la LO 5/2010²². La preocupación se generalizó tanto en los juristas como en los magistrados. Tomemos a manera de muestra las palabras del magistrado Hernández García que decía que "...

21.- PEREZ GIL, J. (2017:40). "Marco normativo supranacional toma e consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal". En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi. El autor advierte que la equiparación de los derechos fundamentales entre personas físicas y las personas jurídicas deben hacerse tomando muchas precauciones, sobre todo en el alcance "porque el trasvase acrítico de las garantías referidas a las personas físicas podría inducirnos a sobredimensionarlas y, con ello, debilitar el sistema..."

22.- GIMENO BEVIA, J. (2016: 33). "Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas". Pamplona: Aranzadi.

la posibilidad de exigencia penal de responsabilidad a las personas jurídicas no solo constituye un factor con relevancia paradigmática para el Derecho penal sustantivo, sino que viene a suponer, también, una notable transformación de los mecanismos procesales mediante los cuales dicha transformación pueda hacerse efectiva...²³. Es decir, está bien que se haya dado un salto enorme en busca de reducir los marcos de impunidad en las actuaciones de las corporaciones pero esta aspiración debía estar acompañada por claros y precisos recaudos procesales adjuntos a la reforma legal.

I.- IDENTIFICACIÓN DEL HECHO GENERADOR: LA REGLA DEL ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO REFLEJADA EN EL COIP.

Hasta antes de la expedición del Código Orgánico Integral Penal en el 2014, la responsabilidad penal de las personas físicas aplicaba en forma individual y autónoma a los delitos cometidos en el ámbito de las actividades de la corporación. No había forma ni necesidad de imputar a la persona jurídica pues el diseño punitivo, en general, la mantenía ubicada por fuera del ámbito de la responsabilidad penal, aunque no así en el ámbito de la responsabilidad civil.

En el Código Penal anterior sobrevivían asistemáticamente sanciones penales a gerentes y representantes legales, o socios de la corporación, por infracciones que la propia norma reconocía como ejecutadas por la persona jurídica pero que prefería desplazar las consecuencias de estas desviaciones hacia los representantes legales o administradores (especialmente en ciertos delitos de carácter tributario). Eran las personas naturales quienes terminaban soportando el peso de las sanciones sin ser los titulares de la infracción penal, por el solo hecho de ser las cabezas visibles y fácilmente identificables dentro del contexto societario.

23.- HERNANDEZ GARCIA, JAVIER. (2010:5). "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables". Diario La Ley N. 7417, Sección doctrina, 18 jun. 2010, año XXI, Editorial La Ley.

En ciertos tipos penales del COIP, todavía pervive este sistema de responsabilidad marcadamente objetivo. Los casos más abrumadores se encuentran en el Código Penal anterior a la expedición de la actual normativa, tal era el caso del delito de ocultación de información, Artículo 311; la responsabilidad solidaria del representante legal para el pago de multas impuestas a la persona jurídica, Artículo 100; Artículos 321 y 345 sobre responsabilidad solidaria del representante en el anterior Código Tributario; Arts. 363-A, delitos por alza de precios; artículo innumerado a continuación del Artículo 517 por el delito de apología del delito; delito de discriminación racial del Artículo 212-D; Artículo 364 del Código Penal anterior; arts. 19, 20, 69, 90, 96, 97 y 98 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; Artículo 41 de la restitución de su propio peculio; Artículo 132 de la liquidación forzosa; el artículo innumerado después del Artículo 147, de la liquidación y disolución de la Ley de Bancos e Instituciones Financieras anterior, por mencionar unos casos. En consecuencia, el gerente o administrador individual o colectivo respondía por las infracciones a título personal y por las infracciones impuestas a su representada porque ésta no tenía la categoría de sujeto de responsabilidad penal.

Con la expedición del Código Orgánico Integral Penal se incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la situación de los gerentes y representantes permanece inalterable. Frente a la contradictoria redacción del tipo penal y el modelo vicarial extremo, que como lo hemos calificado, adoptó la legislación ecuatoriana, el gerente/representante de hecho o de derecho sigue respondiendo por sus propios actos y como sujeto generador de responsabilidad penal del ente corporativo por actos ilícitos cometidos en beneficio de la corporación. De tal forma que se verifica una extensión y un desplazamiento de la responsabilidad penal desde el eje gravitatorio de la persona física que comete la infracción hacia la persona jurídica como sujeto activo responsable de aquella bajo ciertas y determinadas condiciones.

A. Condiciones que desencadenan la responsabilidad penal de la persona jurídica.

De acuerdo a nuestra legislación quienes representan a la corporación frente a la comisión de la infracción son todos aquellos que ejercen funciones de dirección, administración, supervisión, representación, propiedad y aquellos que simplemente se encuentran vinculados a la misma en calidad de funcionarios o empleados o en calidad de terceros con algún tipo de vinculación contractual. La enumeración de quienes pueden generar un proceso que culmine con la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica es muy amplia puesto que incluye a terceros que realizan para la empresa alguna actividad de carácter eventual, esporádico o de agencia oficiosa, como el caso de profesionales que circunstancialmente presten servicios temporales a la persona jurídica y que en este escenario cometan delitos.

La redacción del Artículo 49 COIP no distingue claramente criterios delimitadores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas pues basta que exista en la conducta del individuo un provecho corporativo, cualquiera que sea el beneficio generado. No obstante, algunos autores²⁴ creen que limitar el hecho generador a la sola actuación de un grupo reducido de funcionarios y administradores de la persona jurídica provocaría situaciones de

24.- GALÁN MUÑOZ, A. (2012:178): "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO /2010: entre la hétéro y la autorresponsabilidad". En: REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 15 – Año 2011© 2002 Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dice Galán que "...Precisamente, este problema es el que nos lleva a no compartir el concepto estricto de administrador defendido respecto al sistema español por Feijoo Sánchez, B., conforme al cual no se podría considerar por tal a los cargos intermedios que estuviesen sometidos al control o a la autoridad de otros superiores, por muy grande e importante que fuese su nivel y capacidad de decisión. En "La responsabilidad penal de las personas jurídicas..."".

impunidad en las infracciones que cometan el resto de la masa laboral de menor escala.

En nuestro caso, la conducta de la persona física es central en la determinación de la responsabilidad penal corporativa sin que sea necesario que existan o se construyan escenarios de facilitación del delito en la estructura de la persona jurídica. La conducta humana es presupuesto único y exclusivo en el modelo vicarial extremo adoptado por el Artículo 49 del COIP. Una cultura empresarial correcta y con manejo eficiente de la gestión de riesgos dentro de la empresa, o por el contrario, una estructura deficiente y desorganizada, según nuestro sistema, en nada altera ni agrava la responsabilidad penal de la persona física y del ente corporativo porque no depende de ello. No es un sistema mixto como el español o el chileno.

En el modelo ecuatoriano el hecho de conexión, entendido éste como la conducta concreta de la persona natural que desata o desencadena la responsabilidad penal colectiva, no es una presupuesto o condición objetiva de punibilidad para la corporación porque la ley no direcciona el proceso penal al análisis o verificación de la conducta de la persona jurídica ni pretende un juicio de tipicidad y antijuridicidad independiente de la conducta del individuo. La responsabilidad corporativa no se fundamenta en su propio injusto sino en el injusto individual constituyéndose un claro elemento de determinación de responsabilidad claramente objetiva.

No cabe soportar en nuestro caso interpretaciones antojadizas y confusas sobre el hecho de conexión o generador de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la ley es clara cuando manifiesta que "...las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno...". Son las conductas típicas y antiju-

rídicas de las personas naturales que la representan las que se someten al juicio de culpabilidad.

El modelo vicarial asumido en el COIP requiere no solo la actuación de los cuadros directivos altos sino las acciones u omisiones de cualquier dependiente o empleado de la persona jurídica que actúe dentro del contexto social de las atribuciones o exigencias de tipo laboral o administrativo que demarca su estatus con la empresa. Es suficiente constatar la relación formal de trabajo o dependencia, incluso de terceros eventuales vinculados de hecho o de derecho con alguna actividad enmarcada en el objeto social de la misma. Al no requerir la condición de que las acciones se ciñan a las atribuciones asignadas por la persona jurídica en el contrato o en las directivas internas, se toman en cuenta, como circunstancias idóneas generadoras de responsabilidad, los hechos realizados por administradores y empleados que simplemente favorezcan de alguna manera los intereses de la persona jurídica.

El alter ego de la corporación es todo funcionario, empleado o tercero vinculado a la corporación que ejecuten acciones delictivas de cualquier naturaleza y que éstas reporten algún beneficio societario (un alter ego ampliado)²⁵. A diferencia del modelo es-

25.- VILLEGAS GARCIA, M.A. (2016:172). "Responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos". Pamplona: Editorial Aranzadi. Este modelo tienen su origen en los Estados Unidos en el derecho civil, "...Pero en el ámbito penal, el fundamento ha de ser otro y suficiente para justificar la imposición de una sanción penal a alguien que no ha cometido ningún ilícito. Los tribunales sitúan de ordinario este fundamento, como vimos que hacia el Tribunal Supremo en New York v. Hudson para el caso de las personas jurídicas, en razones eminentemente prácticas. Algunas actividades representan un riesgo tan alto para la comunidad en general, que su proyección justifica esa imposición de responsabilidad penal a un tercero. La gran mayoría de las normas penales que imponen este tipo de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sus empleados, pero también existen en otros contextos, como es, por ejemplo, el de las normas de tráfico, donde los titulares registrales de los vehículos son responsables de determinadas infracciones de tráfico cometidas por sus conductores..."

pañol y de otros países de la Unión Europea en cuyas legislaciones el hecho de conexión debe provenir de los administradores y del injusto imprudente de la omisión de cuidado en el que incurren los cuadros directivos.²⁶

En definitiva, el hecho de conexión responde a la pregunta sobre quién es el ente que desencadena la responsabilidad penal de la empresa en la legislación ecuatoriana, y en nuestro caso es cualquier persona física que encontrándose inserta en un contexto laboral, profesional o administrativo con la empresa realiza una acción u omisión penal que produzca un beneficio para el ente jurídico colectivo.

B. Principio de culpabilidad y el modelo vicarial en el COIP

El sistema vicarial extremo adoptado por el legislador ecuatoriano adolece del mismo problema que en España atravesó el apartado primero del Artículo 31 del Código Penal español relacionado con el incumplimiento de los presupuestos sobre los que se asienta el principio de culpabilidad, en lo concerniente a la fundamentación de la atribución o traslado de la responsabilidad a partir de la responsabilidad de la persona física. Existe una marcada ausencia de acción por parte de la persona moral y una contradicción de grueso calibre con el principio del injusto personal o del principio de personalidad de las penas.

No se descarta la posibilidad que la persona jurídica haya ordenado u organizado una estructura interna con el objetivo de asegurarse la comisión de delitos de forma tal que la acción y la responsabilidad penal de las personas físicas se diluyan bajo

26.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:109). "El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas". Pamplona: Editorial Civitas. Feijoo establece que en el sistema español tras la reforma de LO 1-2015 el delito individual es parte del delito corporativo para lo que se requiere el hecho de conexión mediante una doble vía: que el delito haya sido cometido por sus representantes o directivos o por sus funcionarios debido a una falta de tareas de supervisión de los primeros.

una estructura demasiado compleja en el que hecho generador y la actuación de la persona física, no sea posible determinarla con precisión, configurándose un efecto distinto del preventivo al que quiere llegar el Derecho penal en materia de control y represión de la criminalidad corporativa. Aspectos que, entre otros, urgieron la búsqueda de nuevos sistemas de atribución penal como es el caso de los modelos de autorresponsabilidad o los modelos por hecho propio de la empresa.

C. La responsabilidad penal de las personas jurídicas como problema de definición.

La incapacidad de acción y de culpabilidad atribuida a las personas jurídicas son las estructuras conceptuales que más dificulta la concreción de un sistema de responsabilidad penal ocasionada por delitos cometidos en el ámbito de su jurisdicción. Son las personas físicas las que actúan dentro de la estructura corporativa y bajo ninguna condición o subterfugio pueden asimilar sus características para definir a una persona jurídica de manera tal que las acciones de la primera puedan ser consideradas como acciones de la segunda. Se estaría reconociendo una responsabilidad de la persona jurídica por un hecho ajeno y por conductas en las que no incurrían.

Pero este criterio, en opinión de ZUGALDÍA²⁷, no se compadece con las sanciones administrativas que ya vienen siendo aplicadas por la legislación de muchos países y que contemplan sanciones que igual afectan a terceros y que presuponen una capacidad de acción de parte de los entes corporativos. Si bien es cierto que las personas jurídicas no son capaces de realizar conductas activas u omisivas ni tiene capacidad de culpa y de pena desde la perspectiva de las personas humanas no es menos cierto que se ha explorado y concretado positivamente la posibilidad real y

27.- ZUGALDIA, M. (2010:3): "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español". Recuperado del sitio <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espin-ar.pdf>.

cierta de que estas categorías se las construya y se las defina desde el ámbito colectivo de las personas jurídicas.

No es un problema ontológico, dice ZUGALDÍA, porque nadie puede negar o ignorar la actuación de las personas jurídicas en el mundo real, sino un problema de redefinición. Y eso es lo que ha hecho la legislación europea y especialmente la española al configurar o diseñar modelos teóricos de responsabilidad corporativa (GÓMEZ-JARA, TIEDEMANN)²⁸ con categorías propias y funcionales para su aplicación en la determinación de la responsabilidad penal empresarial.

En nuestro caso este problema de definición no es tan simple porque no existe un desarrollo jurisprudencial o teórico – dogmático que nos proporcione una metodología y un fundamento jurídico-constitucional para su aplicación dada la existencia de un Derecho penal construido sobre la base de la imputación individual. Aspecto que nos conduce al callejón sin salida de repensar el texto del Artículo 49 del COIP para evitar, en la medida de lo posible, concluir que simplemente estamos frente a un caso de responsabilidad objetiva de atribución de responsabilidad por un hecho ajeno, sin cumplimiento de la exigencia de subjetividad en la comisión del delito cuya responsabilidad se pretende atribuir a la persona jurídica como hecho suyo y por ende habilitada a sufrir el reproche de la pena²⁹.

28.- ZUGALDIA, M. (2010:4). Este autor resume diciendo "...No obstante, si bien se piensa, con las diferencias entre el "desarrollo sistémico defectuoso" (Heine), la "falta de fidelidad al Derecho" (Gómez-Jara), el "incumplimiento de la obligación de respetar el Derecho" (Carbonell Mateu) y el "desarrollo desordenado de la actividad de empresa" (Tiedemann), posiblemente sean más aparentes que reales y que, en todo caso, se esté diciendo que la persona jurídica deviene en culpable cuando infringe el deber de evitar que su actividad se concrete en la realización de hechos delictivos. Ocurre aquí algo paralelo a lo que sucede con la culpabilidad de la persona física que, pese a fundamentarse de formas diversas, viene a exigir los mismos requisitos...".

29.- VILLEGAS GARCIA, M.A. (2016:172). Sin embargo, en los Estados Unidos "...La constitucionalidad de esta normas que imponen a una perso-

Debemos partir de la cruda realidad de nuestra legislación. Extrapolando el resumen realizado por Antonio Evaristo Gudín Rodríguez³⁰, el Artículo 49 y siguientes del COIP adopta un sistema vicarial extremo inspirado en el respondeat superior con las siguientes características:

- a.- La sanción penal es accesoria a la pena impuesta a la persona individual.
- b.- La pena exige el enjuiciamiento previo de la persona física.
- c.- La responsabilidad es objetiva y se basa en el hecho ajeno con un criterio de imputación requerido de las acciones y omisiones de cualquier persona natural que represente o dependa de la persona jurídica.
- d.- El criterio de imputación penal proviene de la conducta ilícita de la persona física (acción u omisión) y no de la persona jurídica.
- e.- De la redacción legal deducimos que la responsabilidad de la persona jurídica es objetiva.
- f.- Las circunstancias agravantes y atenuantes de los Artículos 37, 44, 46, 47, 48, 54, 142, 259, 303, 374, 492 que se apliquen para las personas naturales son comunicables a las personas jurídicas.
- g.- El *actus reus* (hecho delictivo) y el *mens rea* (dolo) de la persona física se transmite a la persona jurídica.

Es decir, ninguna consideración o interpretación que provenga del texto de la ley puede alterar un sistema que aparen-

na responsabilidad penal por los hechos cometidos por otra, en los que no se ha tenido ninguna intervención, ha sido admitida por los Tribunales, que solo han dudado al respecto en aquellos supuestos en los que la persona acusada no tenía ninguna capacidad de control sobre la que cometió el delito o consiguió probar que hizo todo lo que pudo para evitarlo..."

30.- GUDÍN, A. (2011: 21-43): "Alcance de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2011 en relación con las consecuencias del delito del artículo 570 quater". En: Diario La Ley N. 7606, 7 de abril del 2011, Año XXXII, Editorial La Ley.

temente consagra el sistema de responsabilidad por representación a no ser que regresemos a las raíces del sistema anglosajón y encontremos, en los principios que inspiraron la adopción del respondeat superior, algún elemento que nos permita superar la vulneración del principio de culpabilidad constitucional³¹.

II. NECESIDAD DE CONSTRUIR O ADAPTAR UN RÉGIMEN PROCESAL PARA LA RPPJ

Los actos delictivos de las personas jurídicas y la amenaza de su creciente poder político – económico, advertido por ZUGALDÍA,³² debe corresponderse con la necesidad de responder desde el Derecho penal y Procesal penal con un programa que incluya la responsabilidad penal de las corporaciones y una tipificación de los delitos en los que pueda incurrir, así como el estatuto procesal que viabilice su procesamiento.

31.- VILLEGAS GARCIA, M.A. (2016:196). La autora destaca que en Estados Unidos para salvar esta dificultad "...de la mano del Tribunal Supremo Federal, se consagro la aplicación en el ámbito de la responsabilidad penal de las organizaciones, de la doctrina del respondeat superior, que supuso la imputación a la persona jurídica del conocimiento e intención de la persona física que cometía el delito, trasladando así su culpabilidad, la de la persona física, a la persona jurídica de la que formaba parte; manera que como dijo el Tribunal Supremo en *New York Hudson River v. Unites States*, el conocimiento y los propósitos de la primera se convertían en los de la segunda..."

32.- ZUGALDIA, M. (2010): "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español". Recuperado de Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económico. (Online) <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf>

GUDÍN, A. (2011:21-43).

ZUGALDIA, M. (2010): "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español". Recuperado de Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económico. (Online) <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf>

Tomemos en cuenta que, de acuerdo a lo hasta ahora visto, en Latinoamérica es prioritario el cumplimiento de los imperativos de organismos internacionales como la OCDE, el GAFI y la Convención Americana contra la Corrupción, que exigen la adopción de medidas de control y represión de ciertos delitos. La realidad demuestra que las corporaciones llevan mucha ventaja en la generación de riesgos que es necesario controlarlos. Los planes de reforma penal debe orientarse a contrarrestar estas amenazas y al mismo tiempo cumplir con las recomendaciones de los organismos internacionales previo al acceso a estos selectos clubes de países y evitar cierto descrédito internacional por patrocinar políticas erradas o insuficientes en el control y represión de delitos graves para la comunidad internacional como es el caso del tráfico de drogas, el lavado de activos o la trata de personas, entre algunos que podríamos mencionar.

Aunque la adopción del sistema de responsabilidad penal en el Ecuador tiene su fuente de inspiración en la legislación española no ha se ha reparado en el conocimiento, para su comprensión, de que se trata de una institución con claros orígenes provenientes de la legislación norteamericana. Pocos trabajos reniegan del creciente proceso de americanización del Derecho penal y procesal penal en el Ecuador evidenciado por la cantidad considerable de instituciones tomadas de aquel sistema, así como del sistema anglosajón, circunstancia que ha generado fuertes críticas por lo liviano de su sistema inculpatario del que está revestido.³³

33.- MACHADO PELLONI, F. (2012:296). "Entrevista al Profesor Enrique Gimbernat Ordeig". En:

Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, núm. 20, 2012, págs. 289-296. Gimbernat manifiesta su decepción frente al retroceso del Derecho penal, en particular frente al derecho anglosajón. Afirma que "... Yo desprecio el Derecho penal anglosajón, y lo hago porque para empezar el Derecho penal anglosajón es Derecho procesal penal fundamentalmente, ahí no saben lo que es el dolo eventual o la imprudencia consciente a pe-

sar de la importancia que tienen, y es un sistema que funciona muy mal, ya independientemente de las penas que imponen, más allá de la pena de muerte, y con los juicios por jurados que ya se saben cómo acaban: el

Estos procesos de trasplante institucional jurídico, como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, enfrenta serias dificultades dogmáticas que tiene su origen en el carácter predominantemente antropomorfo del sistema penal latinoamericano y europeo, en los que la persona física es el centro de la imputación penal. Se avizora dificultades funcionales y aplicativas del Artículo 49 del COIP por la imposición de un criterio de imputación vicarial extremo de culpabilidad de la persona jurídica, asentada sobre presupuestos de culpabilidad aplicados a la persona física.³⁴

A. ¿Pueden las personas jurídicas realizar acciones típicas?

En la legislación española las continuas reformas al Código Penal generaron un sinnúmero de interpretaciones centradas principalmente, más que en los aspectos procesales, en consensuar una posición unitaria sobre si el sistema adoptado responde al modelo vicarial, al sistema mixto o un sistema de responsabilidad por hecho propio. Hasta hoy no existe acuerdo. Los pronunciamientos de la Fiscalía General española a través de sus circulares es una muestra de ello. Pero todas aquellas argumentaciones no dejan de generar continuos debates jurídicos doctrinarios y políticos criminales que han ido un tanto despejando este entramado jurídico, no sin generar resistencias en varios sectores. Tuvo que esperarse la Sentencia del Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo español de 29 de febrero de 2016 (LA

noventa y seis por ciento con una sentencia de conformidad que es lo que vale para los negros y para los que pueden pagar un buen abogado, y es que si van a juicio más tarde les condenan a pena de muerte a todos; mientras que los ricos, el otro cuatro por ciento, tienen unos abogados increíblemente hábiles....". Recuperado del sitio: [file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet-EntrevistaAlProfesorEnriqueGimbernatoOrdeig-4258946%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet-EntrevistaAlProfesorEnriqueGimbernatoOrdeig-4258946%20(1).pdf)

34.- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2010:4): "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables". En: Diario la Ley N. 7427. Sección Doctrina, 18 de junio del 2010, año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 3655/2010.

LEY 6573/2016) para tener la primera resolución del Pleno del Alto Tribunal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y por dar luces sobre ciertas cuestiones, que sin mencionar literalmente el modelo de responsabilidad, orienta en sus reflexiones la presencia de un modelo de responsabilidad propia en la legislación ibérica.

El punto central de la discusión en el seno jurídico español es perfectamente aplicable al que pretendemos generar en el Ecuador. La cuestión de trascendencia procesal que intentamos clarificar tiene que ver con precisar desde el Artículo 49 del COIP cuál es el hecho generador o la condición objetiva de punibilidad o el hecho de conexión, como lo denominamos en esta investigación, que constituye la conducta inicial desencadenante del proceso penal en contra de la persona jurídica. ¿Es una conducta de la persona física? ¿Es una conducta activa u omisiva de la persona jurídica? ¿Tiene la persona jurídica capacidad de acción? ¿Es siempre la conducta de la persona física el hecho generador?

Autores españoles como FEIJOÓ SÁNCHEZ, ZUGALDÍA, entre otros, aceptan que la persona jurídica es capaz de realizar acciones típicas y prueba de ello tenemos a las sanciones administrativas y punitivas. ROBLES PLANAS cree, por el contrario, que no existe el hecho propio de las personas jurídicas sino el hecho de la persona física. La circular 1/2011 de la Fiscalía General estima que el obrar de la persona física se convierte en condición objetiva de punibilidad de la persona jurídica derivándose en un sistema de responsabilidad cuasi-objetiva³⁵.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, critica la posición de la Circular de la Fiscalía y pretende resolver el problema afirmando que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede prescindir de una conducta delictiva dolosa realizada por la persona física, en provecho de la corporación, para activar la administración de justicia. Es decir, inicia con la conducta de la persona natural

35.- CIRCULAR 1/2011 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL

pero el fundamento de la responsabilidad del ente colectivo es distinto e independiente del de la persona física. Esta alusión a la normativa europea se debe a que el Artículo 49 del COIP guarda cierta similitud a lo prescrito en el Artículo 31 bis 1, aptdo. a) del Código Penal español, LO 1/2015 -EDL 2015/32370-, y las orientaciones dadas al respecto por varios tratadistas nos es de mucha utilidad.

El Artículo 49 del COIP, formal y literalmente establece que el presupuesto de hecho para la responsabilidad penal de la persona jurídica constituye la conducta delictiva de la persona física. Las personas naturales que pueden generar imputación penal son:

- 1.- Las conductas de los gerentes, directivos, mandatarios o apoderados que se encuentran en puestos superiores de la pirámide de decisión empresarial. Si estas personas naturales cometen un delito están en posición de generar con su actuación responsabilidad penal de la persona jurídica. No contienen reglas que contengan alguna eximente por la adopción de programas de compliance o por conductas anteriores o posteriores que puedan excluir la responsabilidad penal.
- 2.- También la persona jurídica debe responder penalmente por los delitos cometidos por los empleados, trabajadores y en general por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales. Todos los empleados y trabajadores de rangos intermedios y bajos entrarían como potenciales causantes de responsabilidad penal corporativa si cometen delitos en provecho de la misma, provengan o no de la falta o ausencia de control por parte de los primeros.
- 3.- Finalmente encontramos a los terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión. Extiende su ámbito de cobertura hasta el accionar del contratista particu-

lar y del agente oficioso, entendido en los términos definidos en el Artículo 2186 del Código Civil del Ecuador. La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos. De tal forma que de darse una conducta delictiva por parte de estos personajes, mientras realizan una actividad de gestión en beneficio de la corporación, la responsabilidad penal de ésta se activa en su contra. Es tan extensa la gama de posibilidades que involucran penalmente a la persona jurídica que debería ponerse límites, como lo hizo la legislación norteamericana, porque se devela un manto de considerable duda al considerar estos actos de terceros como actos de verdadera voluntad empresarial.

B. ¿La conducta de la persona física es fundamento o presupuesto de responsabilidad?

Recordemos que en España, incluso con las últimas reformas, no deja de discutirse el tipo de modelo de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que adoptó el legislador en las reformas del 2016. A contrario sensu de lo que opina la Fiscalía General del Estado en la circular del 1/2016, varios autores insisten en que se trata de un sistema de responsabilidad por hecho propio, como lo confirma la sentencia de 29 de febrero de 2016 (STS 154/2016) que parece reforzar este criterio. Optar por el anterior modelo vicarial sería optar por un modelo de responsabilidad objetiva reñido con el principio de culpabilidad constitucional.

Sin embargo, como anotamos, por la similar redacción que tiene el Artículo 31 aptdo. 1, literal a) del Código Penal español y el Artículo 49 del COIP el criterio de la fiscalía española tiene mucha relevancia. En efecto, siendo vicarial extremo el sistema ecuatoriano exige la presencia de dos presupuestos: Una conducta típica cometida por la persona física dependiente de la

persona jurídica y el reporte de beneficio para la corporación a consecuencia de esta conducta.

De la expresión literal del Artículo 49 del COIP la responsabilidad de la persona jurídica proviene como consecuencia de la responsabilidad de la persona física cuando se verifica que la comisión del delito hecho por la persona natural lo hace bajo los presupuestos enunciados en el mismo artículo. Esto es, la calidad de propietario, administrador, directivo, empleado o tercero y que hayan actuado en beneficio directo o indirecto del ente moral. No interesa el dolo, la culpa de la persona jurídica ni la existencia de un programa de prevención eficiente, ni la presencia de atenuantes u otros elementos que permitan demostrar el cumplimiento de los requisitos elementales del principio de culpabilidad constitucional, como el de personalidad de la culpa, por ejemplo.

No importa el hecho de haber desarrollado programas de control y prevención de ilícitos al interior de la corporación ni que las actividades ilícitas del infractor hayan sido ejecutadas en función de los mandatos o competencias emanadas de las órdenes de los directivos o de las provenientes del contrato verbal o escrito que los vincula con la persona jurídica. Este sistema es responsabilidad objetiva pura que con mínimas diferencias tienen similitudes con el primer presupuesto del Artículo 31, apartado 1, a) del Código Penal español.

En España, con la reforma LO 1/2015 según algunos juristas, este escollo se pretende superado. Antes se esperaba subsanarlo vía interpretación jurisprudencial que sin ser contraria a la ley respetaba el mandato constitucional y exigía además un requisito adicional implícito³⁶ que en esencia no es sino la acreditación de culpabilidad propia de la entidad mediante la demostra-

36.- ASAS, I. y ALVAREZ FEIJOO, M. (2011:26-40): "Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica". En: Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 28-2011. Recuperado del sitio <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974>

ción de la existencia de una actuación negligente en el control de los riesgos, en la supervisión de sus funcionarios y empleados. Si no existe algún programa de compliance en marcha, podrían configurar un hecho propio que conlleva a un sistema de responsabilidad autónomo en relación con el juicio de la persona física. Por el contrario, Adán Nieto asegura que la aplicación del modelo de transferencia vicarial o de responsabilidad objetiva no afecta el principio de culpabilidad constitucional. Afirma que la persona física dotada de derechos fundamentales, entre ellos el de culpabilidad, no podrá ser responsabilizada por un acto que los que no se verifique la presencia de dolo o culpa. Las personas son seres concebidos y dotados de manera innata de dignidad humana, son sujetos de derechos y no objetos instrumentalizados para la consecución de determinados fines. Por eso tienen derechos fundamentales a diferencia de las personas jurídicas que siendo objetos creados al servicio de los hombres y de los intereses del Estado y de la misma sociedad, no podrían tener los mismos derechos fundamentales, entre ellos el de culpabilidad. Por tanto exigir que realice un hecho propio definido en términos reales es imposible. No existen hechos propios atribuibles ontológicamente a las corporaciones porque ellas no pueden actuar solas, necesariamente deben hacerlo por medio de las personas físicas; son estas las únicas que pueden realizar actos penalmente relevantes. Creer lo contrario es, en el plano de lo real y objetivo, imposible y ajeno a la realidad.

En esta misma dirección, autores como ASAS y ÁLVAREZ FEIJOO, de manera directa se preguntan si “¿...acaso los planes de compliance no son concebidos, redactados y ejecutados por personas físicas? ¿Acaso la persona jurídica no necesita de mentes y manos humanas para «dotarse» de una determinada estructura organizativa? ¿Acaso no son, desde el punto de vista ontológico, «actos ajenos» a la sociedad tanto el delito fiscal cometido a través de las cuentas falsas aprobadas por el consejo de administración como el concreto plan de compliance aprobado por ese mismo órgano social? Pedir, a fin de salvaguardar el principio de culpabilidad, la identificación de un «acto

propio» de la sociedad distinto de los actos de las personas físicas que actúan dentro de ella o en su nombre es, creemos, un imposible ontológico...". Es decir, se da por sentado que la persona jurídica siempre actuará a través de personas físicas porque ontológicamente es imposible pensar que una actuación de la corporación prescinda del elemento humano. Por tanto si la estructura del ente moral es una ficción, la culpabilidad corporativa puede construirse mediante otra ficción legal o simplemente mediante la ampliación del estatus que crea su personalidad jurídica. Claro que el concepto de culpabilidad empresarial implica una composición diferente a la que tienen las personas naturales que, a diferencia de las jurídicas, sus actos si tienen componentes subjetivos como el dolo. Lo sugerido es la verificación del cumplimiento del compliance como hecho de conexión de la responsabilidad penal empresarial y fundamento de su responsabilidad penal.

ZUGALDÍA, resumido por FEIJOO SÁNCHEZ³⁷, en un esfuerzo por alejar el fantasma de la inconstitucionalidad del sistema vicarial reconocido en el Artículo 31 aptdo. 1, a) del Código Penal, antes de las reformas del 2015(Ley Orgánica 1/2015), menciona que para que una persona jurídica sea responsable penalmente es necesario que el hecho cometido por una persona física sea considerado como hecho propio de la empresa. El hecho de referencia o la conducta de la persona física (directivos o empleados) deben entenderse y visualizarse dentro del contexto social en el que actúa la empresa y que vulnere el cuadro de obligaciones y deberes a las que se somete en su estatuto social.

37.- FEIJOO SÁNCHEZ, J. (2012:74): "Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del Artículo 31 Bis 1". En: BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: "Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi SA.

Esta actividad ilícita debe proporcionar beneficios a la corporación. Estos hechos de conexión entre la persona física y los intereses de la persona jurídica permiten construir una presunción *iuris tantum* de que la conducta delictuosa del propietario, directivos o trabajadores de la corporación es un reflejo de la falta de control y vigilancia por parte de la empresa para que sus actividades se mantengan dentro del marco estatutario y socialmente permitido que rige su funcionamiento. La responsabilidad penal corporativa dependerá de la prueba o evidencia de la existencia de medidas organizacionales eficaces de control que la persona jurídica haya implementado.

Sin embargo, este modelo que pretende legitimar el sistema vicarial de atribución de responsabilidad, aplicable al Artículo 49 del COIP, tiene el defecto de trasladar al Derecho penal los presupuestos de la culpabilidad exigibles en el Derecho Administrativo. Lo válido en lo administrativo no puede trasladarse sin más como válido en lo penal porque el Derecho penal es más exigente en cuanto a los límites al poder punitivo del Estado. Estos modelos requieren necesariamente la existencia de un hecho de conexión legítimo que posibilite trasladar la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica dentro de un contexto que aleje las sospechas de inconsistencia constitucional con el principio de culpabilidad.

Pero en el caso ecuatoriano, la ausencia de disposiciones normativas y jurisprudenciales en nuestra legislación penal nos lleva a pensar que el único modelo alineado con el Artículo 49 del COIP es con el viejo sistema civilista del respondeat superior extremo, de origen norteamericano, por el cual la responsabilidad penal de la persona jurídica se deriva de la responsabilidad de la persona física, quien es el cerebro y las manos de la corporación. Afirma Nieto, "...en el Derecho penal la acción, el dolo o la culpabilidad de la persona jurídica sería la de la persona natural que actúa como órgano de la misma. A esta forma de imputación se la llama el modelo vicarial e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometi-

do un delito, en su provecho actuando dentro del marco de sus funciones empresariales..."³⁸

No necesita de la verificación ni existencia de ningún hecho de conexión porque presupone que la conducta de la persona física, dentro de los livianos presupuestos establecidos, es la conducta de la persona jurídica. Se confunden o se unifican en un solo acto con el que se evalúa procesalmente a la persona física y a la corporación, de tal manera que la responsabilidad penal y la pena impuesta a la persona física equivale a la impuesta a la persona jurídica, como si se tratara de la misma persona. Percy García Caveró, al efecto, dice que "...los elementos objetivos y subjetivos del delito se deberán de dar en la persona natural, representante u órgano de la empresa. Lo importante será determinar en qué casos el representante actúa como tal (y permite una imputación del injusto de resultado a la persona jurídica) y cuándo no de manera que en este evento responderá solo a título personal..."³⁹

En este sentido, el proceso penal que se sigue a la persona física equivale al proceso penal en contra de la corporación por lo que vendría a flexibilizarse las exigencias procesales que cierta doctrina demanda en favor de las corporaciones. Así, la aparente infracción al principio de personalidad de las penas se superaría con la regla de identidad entre persona jurídica y persona física, lo que supone fundamentar la responsabilidad de la primera en la responsabilidad de la segunda.

Claro que, como advierte la Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, de la Fiscalía General del Estado español, relativa a la

38.- NIETO MARTIN, A. (2008: 34).

39.- GARCÍA CAVERO, P. (2005): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". Ponencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho penal realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto del 2005". Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Recuperado del sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadPenalDeLasPersonasJuridicas-5319474%20(2).pdf

responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁰, el escenario corporativo se ha tornado en ideal para la comisión de delitos especialmente económicos de macro gravedad en los que la estructura compleja, vertical y difusa de las corporaciones ha dificultado, por no decir, imposibilitado, la identificación de la persona física responsable (irresponsabilidad organizada) o en su defecto ha desatado dinámicas de deslizamiento de la responsabilidad hacia estratos laborales más bajos dentro de la estructura de la empresa (chivos expiatorios). Panorama al que se suma la insuficiencia del modelo de responsabilidad civil que busca resarcimiento de los daños y perjuicios pero que no tienen capacidad de reestablecer el orden alterado por el delito a través de la culpabilidad de las personas físicas ni las necesidades preventivas en materia de responsabilidad penal de los entes corporativos.

Sin embargo "...en último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal -pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas-, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada Política Criminal..."⁴¹.

La introducción del sistema de responsabilidad vicarial extremo, que la denominamos como un sistema de respondeat superior o del alter ego extendido), en la legislación ecuatoriana, es una

40.- CIRCULAR1/2011 DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL. Recuperado del sitio http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1dDMAAWNDQxMjtbLUouLM_DzbsMz01LySVBA_M63SJT85pLlg1TYtMac4FQB1xy3ANAAAAA==WKE

41.- CIRCULAR1/2011 DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL. Recuperado del sitio http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1dDMAAWNDQxMjtbLUouLM_DzbsMz01LySVBA_M63SJT85pLlg1TYtMac4FQB1xy3ANAAAAA==WKE

opción de Política Criminal que debe resolverse dentro del marco garantista del Derecho penal y procesal penal. Los hechos de conexión o presupuestos de responsabilidad penal constituyen para este efecto la verificación de la calidad de propietarios, representantes, dirigentes, empleados que tienen las personas físicas de cuyas conductas delictivas se beneficia la corporación. En conclusión, nuestro modelo del Artículo 49 del COIP, exige una verificación previa de la comisión del delito por parte de la persona física miembro de la corporación como presupuesto inicial de la referida responsabilidad penal. Requiere únicamente la constatación de la comisión de la infracción penal por parte de la persona física integrante de la misma. De modo tal que la pretensión de la fiscalía para responsabilizar penalmente a la persona moral debería concretarse en la demostración de varios presupuestos como la existencia del título de vinculación que une a la persona física con la jurídica, relación de propietario, administrador, directivo o trabajador, incluso de un tercero vinculado en labores de gestión, y además la constatación del beneficio que la comisión de ese hecho delictivo haya reportado a la corporación.

Estos hechos facticos la persona jurídica tendrá la posibilidad de acreditar en lo contrario, como sujeto procesal autónomo de la persona física, para descargar la pretensión fiscal y hacer uso de las garantías procesales a las que tienen derecho como sujeto de derechos fundamentales. Este esquema aparentemente crea una barrera frente a la acusación de utilizar criterios propios de la responsabilidad objetiva, proscrita por nuestro sistema penal como expresión válida de la responsabilidad penal.

En opinión del catedrático BERNARDO DEL ROSAL BLASCO⁴², a propósito de sus comentarios sobre los elementos estruc-

42.- DEL ROSAL, B. (2016): "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado" En: Diario La Ley, N° 8732, Sección Doctrina, 1 de Abril de 2016, Ref. D-135, Editorial LA LEY. Recuperado del sitio [http://www.rediuris.com/bibliografia_12/0/sobre-los-elementos-estructurales-de-la-re-](http://www.rediuris.com/bibliografia_12/0/sobre-los-elementos-estructurales-de-la-re)

turales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, si la acusación no es capaz de demostrar la ausencia de medidas eficaces de prevención de delitos, para nuestro caso la ausencia del vínculo de propiedad, administración o laboral, no se llegaría a abrir la causa penal y de abrirse, podría quedar sobrepasada en las etapas procesales de la investigación (dictamen abstentivo o auto de sobreseimiento) por no ser el hecho penalmente relevante para la corporación.

C. La equidad como fundamento de la responsabilidad penal en el sistema adoptado por el Artículo 49 del COIP.

El Artículo 66, núm. 13 de la CRE garantiza el derecho a asociarse en forma libre y voluntaria. El Artículo 96 CRE reconoce todas las formas de organización de la sociedad. El Artículo 36 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana establece que las organizaciones sociales que deseen tener personalidad jurídica, deberán tramitarla en las diferentes instancias públicas que correspondan a su ámbito de acción, y actualizarán sus datos conforme a sus estatutos.

Las personas jurídicas sin fines de lucro se constituyen de acuerdo al Reglamento para el otorgamiento de la personalidad jurídica a las organizaciones sociales expedido mediante Decreto Ejecutivo N. 193, publicado en el Registro Oficial Suplemento N.100 del 27 de octubre del 2017. En cambio las que tienen fines de lucro, de acuerdo a la Ley de Compañías, Código de Comercio actual, la Ley de General de Instituciones del Sistema Financiero y La ley de Economía Solidaria. El Artículo 52 CRE establece que las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y de libre elección, dentro de un marco legal de control y de defensa del consumidor. El modelo constitucional actual permite una intervención del Estado en función de los fines y principios establecidos en su normativa.

Además marca los objetivos del tipo de régimen de desarrollo nacional fundado en un sistema económico justo, democrático, solidario y sostenible. La potestad de intervención estatal está estrechamente vinculada con los diversos fines y principios establecidos en la CRE, especialmente los objetivos determinados en el régimen de desarrollo y de la política comercial, para lo cual la misma CRE le faculta autorizar actividades, limitar las actuaciones de personas físicas, jurídicas privadas y estatales mediante la implementación de un catálogo de obligaciones legales y constitucionales. En cuanto a la economía de mercado, el Artículo 336 CRE determina que el Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad, además asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

Es decir, las personas jurídicas son reconocidas como importantes instrumentos dinámicos y activos del desarrollo económico y social sobre los cuales el Estado tiene la obligación constitucional de ejercer los debidos controles dentro de un marco de garantías mínimas. Recordemos que las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, N.01-09-sep-cc del 21 de agosto del 2009, Gaceta Constitucional N. 09; Sentencia N. 001-14-PJO-CC, caso N. 0067-11-JD del 23 de abril del 2010; Sentencia N.º 068-10-SEP-CC; Sentencia N.027-09-sep-CC, caso 0011-0S-EP del 8 de octubre del 2009 que interpreta el Artículo 437 de la CRE, consagra el estatus jurídico de persona titular de todos los derechos fundamentales o “constitucionales” a la persona jurídica, que son los mismos de los que se benefician las personas físicas. El Artículo 440 del COIP establece que considera persona procesada es la persona natural o jurídica contra la cual el fiscal puede formular cargos. La persona procesada tendrá la potestad de ejercer todos los derechos que le reconoce la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.

Justificado el derecho constitucional del Estado ecuatoriano para controlar y exigir el respeto a las reglas y principios económicos y sociales por parte de las personas jurídicas, la responsabilidad penal es una consecuencia de las previsiones estatales para el cumplimiento de aquellas finalidades específicas. En este contexto y en relación a la inserción del sistema vicarial a través del Artículo 49 del COIP, sistema de origen angloamericano,⁴³ varios autores encuentran el fundamento de la aplicación de la responsabilidad penal en el principio de equidad.

De acuerdo con ello toda persona jurídica que se beneficia de un hecho delictivo debe responder por el mismo si fue cometido por una persona física representante o vinculada laboralmente con aquella. Lo que importa no es tanto el daño o puesta en peligro de bienes jurídicos que ocasiona tal acto sino la ventaja que la corporación obtiene o pretende obtener violando las reglas de la competencia y del ordenamiento jurídico en general. La idea de equidad angloamericana tiene una raíz profundamente arraigada en la idea de mercado y libre competencia como un escenario ideal al que concurren en términos de igualdad y transparencia todo el accionar empresarial privado, aspecto que no es tan ajeno a lo que el marco constitucional ecuatoriano establece en los artículos antes mencionados.

VILLEGAS GARCÍA luego de un análisis sobre los fundamentos jurídicos y constitucionales de la responsabilidad penal de las corporaciones en el sistema vicarial que tienen los Estados

43.- VILLEGAS GARCIA, M.A. (2016: 44-59). En resumen, la autora reseña el hecho de que a principios del siglo XX en los estados unidos las cuestiones filosóficas quedaron superadas por una filosofía pragmática o teoría de la realidad propuesta por John Dewey. La creciente importancia e influencia de las corporaciones y la separación de la responsabilidad entre administradores o managers y los socios abrieron espacios complicados que pretendieron restar importancia a la responsabilidad penal propia de las corporaciones. El triunfo de la teoría de la realidad significó el reconocimiento de la persona jurídica como sujeto procesal penal, a tal punto que en determinados momentos dice la autora, se discutió sobre si podrían tener el carácter de instituciones públicas o semipúblicas.

unidos, llega a la conclusión de que la responsabilidad penal de la persona jurídica nada tiene que ver con una concepto de culpabilidad propio de la corporación, sino con una concepción de política criminal por medio de la cual se busca ejercer una presión e influencia para que la masa de quienes conforman una sociedad, funcionarios y empleados, socios y accionistas, tomen todas las previsiones para cumplir con la ley, para que sean más responsables con los riesgos que generan sus actividades⁴⁴.

Aspecto que no sería ajeno a cierta intencionalidad del legislador ecuatoriano al introducir el modelo de responsabilidad vicarial vigente con la finalidad de controlar in extremis las organizaciones empresariales desde un marco jurídico – político, aunque de dudosa fundamentación constitucional.

D. ¿Para qué castigar a la persona jurídica en un sistema vicarial?

Según FEIJOÓ, los entes corporativos "...deben asumir las consecuencias de las conductas delictivas cometidas por sus dependientes como mecanismos de compensación por las ventajas obtenidas de manera ilícita o por la omisión de políticas de prevención y control al interno de las mismas, quien se beneficia de una actividad debería cargar con las consecuencias derivadas de los perjuicios o daños que causa dicha actividad..."⁴⁵.

44.- VILLEGAS GARCIA, M.A. (2016:198-199). Dice la autora que "...más allá de la búsqueda de justificaciones clásicas sobre el fundamento del castigo o sobre el fundamento de la culpabilidad de la organización, los Tribunales se refugian en el pragmatismo para declarar a las personas jurídicas penalmente responsables por los hechos cometidos por sus representantes y empleados, cualquiera que sea su posición jerárquica en la misma. Para ello acude a dos argumentos que nos gustaría destacar. El primero (evidente) que la persona jurídico solo puede actuar a través de las personas físicas que forman parte de la misma....El segundo argumento sería que el castigo al individuo, sin el de la entidad que le ampara, no evitaría la posible comisión de delitos en el futuro..."

45.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. 2014:149): "Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad

Más allá de las críticas a este sistema, se encuentra la esencia puramente civilista derivada de la responsabilidad extracontractual que, trasladada al campo penal, no ha sabido justificar plenamente el merecimiento de la sanción punitiva por el actuar de otro ni ha podido responder a la pregunta que averigua los criterios por los cuales una acción de la persona física deba atribuirse a la persona jurídica y peor aún encontrar criterios legitimadores por los cuales se explique satisfactoriamente el traslado de la pena desde el individuo sentenciado a la persona jurídica⁴⁶.

El modelo vicarial extremo adoptado por el COIP conceptualmente adopta el principio de identificación entre persona y empresa, por el que los actos de los primeros son los reflejos de los segundos. La empresa actúa a través de sus funcionarios y empleados de tal forma que el delito cometido por éste es el delito cometido por la empresa que debe asumir la responsabilidad civil y la autoría del ilícito penal.

La esencia del actuar por representación implica que la responsabilidad de la persona física se extienda hasta cubrir la responsabilidad de la persona jurídica, entendido el termino representación de manera extensiva, muy amplia en la cobertura de los recursos humanos al servicio de la persona jurídica. Este modelo subsumible al ostentado por el Artículo 49 del COIP "... implica la atribución de responsabilidad por hechos ajenos, sin necesidad de fundamentar reproche alguno frente a la propia

penal de las sociedades mercantiles". En: OLIVEROS ALONSO, M. (co-ord.): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro". Valencia: Editorial Tirant lo Blanch. Ver también en internet <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/francisco.pdf>

46.- VILLEGAS GARCIA, M.A. (2016: 44-59). Al respecto la autora afirma que "... Más allá de las fundamentaciones clásicas sobre el fundamento del castigo o sobre el fundamento de la culpabilidad de la organización, los tribunales se fundamentan en el pragmatismo para declarar a las personas jurídicas penalmente responsables por los hechos cometidos por sus representantes y empleados cualquiera sea su posición jerárquica en la misma..."

persona jurídica (esto es, mera responsabilidad objetiva), algo totalmente censurado en la actual forma de concebir la responsabilidad penal...⁴⁷

Las personas jurídicas son entes que representan voluntades humanas con intereses, objetivos y pretensiones pertenecientes a una dimensión distinta, aunque no contradictoria, de las personas naturales que la conforman, y no por ello ajenas al afán de beneficio que anima a la agrupación jurídica, titular de derechos fundamentales y de máximas garantías de protección. De esta manera llegamos a la conclusión de que esa estructura humana compleja también debe ser capaz, y de hecho lo es, de afectar intereses individuales y colectivos realizados por las personas naturales que la dirigen o que trabajan para ella.

En nuestro ordenamiento el presupuesto de la responsabilidad penal es la conducta ilícita de la persona física y el fundamento de la responsabilidad es el restablecimiento de la equidad alterada por el beneficio obtenido irregularmente por la corporación. Este es un aspecto procesal de singular importancia porque, pretendiendo buscar aplicabilidad práctica al modelo vicarial adoptado, podríamos direccionar el proceso penal en lo que tiene que ver con la individualización del sujeto activo del delito y con la categoría de parte procesal legitimada.

De tal forma que, de acuerdo con Villegas García, las razones pragmáticas por las cuales a través del modelo vicarial, extiende la responsabilidad penal a las personas jurídicas, con criterios íntimamente cercanos al proscrito principio de responsabilidad objetiva, obedece a dos razones fundamentales:

- 1.- Al excesivo nivel de autonomía de la que gozan las personas físicas al interior de las personas jurídicas, más allá incluso de los específicos poderes o atribuciones que el estatuto interno de la corporación le otorgue, lo que podrían generar

47.- ROBLES PLANAS, R. (2006): "¿Delitos de las personas jurídicas?" En: Indret Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Abril 2006. Ver en www.indret.com.

importantes parcelas de impunidad frente a la comisión de delitos al pretender argumentar en defensa de la persona jurídica el hecho de que el funcionario se ha extralimitado en las tareas asignadas por la normativa interna.

- 2.- El carácter preventivo de la sanción de ser exclusiva para la persona física, sería intrascendente para la persona jurídica, que podría seguir delinquirando. La criminalidad en la empresa obedece más a cierta forma de hacer negocios que a las inclinaciones criminales de los funcionarios y empleados de la misma⁴⁸.

E. La ausencia de previsiones procesales en el COIP

Estamos frente al extraño caso al que se refiere MANUEL LOZANO HIGUERO PINTO⁴⁹ en el cual, según su percepción, el derecho punitivo segrega al Derecho procesal penal. Esta apreciación la hace cuando se refiere al fenómeno de la recepción, en Europa y en Latinoamérica, del Derecho procesal anglosajón el que, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha dado lugar a un proceso de degradación de las garantías procesales.

Para nuestro caso, antes y a partir de la reforma penal del 2014 no se conoce la existencia de un estatuto procesal de las corporaciones como sujeto pasivo de la relación procesal penal. Al

48.- VILLEGAS GARCIA, M.A. (2016: 198-199). Se refiere al modelo norteamericano del cual el modelo ecuatoriano es tributario.

49.- LOZANO-HIGUERO PINTO, M. (2017:82). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la degradación de las garantías procesales". En: En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi. (págs. 77-92). Este autor realiza una crítica muy aguda a la adopción sin beneficio de inventario de la jurisprudencia anglosajona en esta materia, a tal punto que pone como ejemplo a Alemania que permanece fiel a la tradición dogmática penal occidental, con buenos resultados. Se pregunta "... ¿Es que vamos a ser en España más papistas que el Papa, más prusianos que en Alemania o más anglos que los USA?"

igual que en España antes de la LO 1/2010⁵⁰ en el Ecuador el imputado se refería únicamente a las personas físicas puesto que nuestro ordenamiento jurídico no reconocía a las personas jurídicas como sujeto procesal pasivo, aunque sí podían ser sancionados por ilícitos en materia administrativa y tributaria.

El Artículo 49 y siguientes del COIP tiene otra particularidad y es la ausencia de una normativa procesal que viabilice el inicio, la investigación y la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de un delito. No sabemos los parámetros y las reglas procesales a las que debe someterse un proceso que pretenda juzgar penalmente al ente moral.

Es muy complicado poder identificar claramente alguna relación lógica entre las finalidades político criminales del Estado ecuatoriano cuando establece un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la ausencia de un estatuto procesal para el juzgamiento de las mismas. El legislador ecuatoriano no tuvo previsión de lo que presupone la adopción del paradigma *societas delinquere potest* por la exigencia paralela de un esfuerzo de recreación de instituciones procesales para el juzgamiento de las corporaciones en el marco de un régimen de garantías constitucionalmente reconocidas⁵¹.

En ausencia de una tabla procesal los presupuestos mínimos de la ley penal para el juzgamiento de los entes colectivos es la definición de los límites que debe marcar cierto reconocimiento de derechos fundamentales a la persona jurídica. Se corre el

50.- RENEDO ARENAL, M. (2017:94). "La imputación de la persona jurídica". En: En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi.

51.- RODRIGUEZ BAHAMONDE, R. (2017:117). "Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal". En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi. El autor cree que por necesidad debería equipararse los derechos procesales de corte constitucional tanto para las personas físicas como jurídicas porque así lo exige la existencia de la transferencia de la responsabilidad vicarial.

peligro de que en el mismo proceso penal la persona jurídica se vea impedida del ejercicio legítimo de las potestades y garantías constitucionales que gozan los imputados naturales. Sería desconocer principios garantistas del derecho a un proceso justo, equitativo y en condiciones de igualdad, como reconoce la carta magna.

Sin embargo, ya en el campo pragmático, la indefinición procesal atribuida a la referida falta de normativa y previsión adjetiva debería ser compensada con mecanismos que coadyuven a la consecución de las finalidades de justicia que persigue el sistema penal-jurisdiccional en el Ecuador. El fenómeno de la analogía y la interpretación extensiva⁵² no pueden suplir la ausencia de ley porque el desconocimiento y la inobservancia del principio de legalidad conducen a vacíos de legitimidad democrática en el sistema judicial.

Pero, por el contrario, la necesidad de una mayor eficacia procesal penal se torna necesaria frente a la frustración que se generaría cuando abierto un proceso en contra de una corporación no sea posible responsabilizar a nadie por ausencia de evidencias en contra de la persona física, con el consiguiente gasto de recursos por parte del Estado frente a un delito que queda impune.⁵³

F. Presupuesto procesal de igualdad previa

El modelo de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador no tiene un cuerpo normativo de acompañamiento procesal para la determinación de la misma. Sin embargo, esta ausencia estatutaria procesal no debe impe-

52.- CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Artículo 13, "...3.- Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos..."

53.- RODRIGUEZ BAHAMONDE, R. (2017:113)

dir la aplicación de los principios del debido proceso en razón de que las personas jurídicas gozan de la condición de sujeto procesal legitimado, hecho reconocido por varias sentencias de la Corte Constitucional antes referidas. En esos fallos se reconoce la condición igualitaria en materia de derechos fundamentales frente a los que ya son titulares las personas naturales. Pero no todas las prerrogativas constitucionales y legales, diseñadas en función de la persona física, puedan ser aplicadas sin reservas a la persona moral. Se exigirán ciertas condiciones de aplicación atendiendo a la naturaleza de su existencia jurídica.

En este sentido advierte DEL MORAL GARCIA⁵⁴ que frente a estas condiciones es más justificable traer a la persona jurídica en calidad de procesado que en calidad de tercero con responsabilidad civil, aunque se carezca de todas las previsiones procesales específicas que se requiere. Según HERNÁNDEZ GARCÍA⁵⁵, un prestigioso Magistrado español, un modelo de juzgamiento constitucional en condiciones de igualdad procesal hecho a la persona jurídica al menos requerirá identificar los siguientes puntos:

- 1.- Identificar los instrumentos que pueden facilitar el desarrollo de un proceso penal.
- 2.- Los derechos procesales de las personas jurídicas que debe ser reconocidos y garantizados.
- 3.- La identificación y el manejo de los derechos fundamentales sustantivos que deben reconocerse a las personas jurídicas en el proceso.

Revisemos estos tres elementos para precisar en forma taxativa cada uno de ellos desde la perspectiva que nos ofrece el COIP:

54.- DEL MORAL GARCIA, A. (2010). "Responsabilidad penal de personas jurídicas: incidencia procesal". En revista Derecho y Jueces, Numero 53, Enero/febrero del 2010.

55.- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2010:114).

III. LA NECESIDAD DE UN RECONOCIMIENTO FORMAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

En el derecho romano únicamente las personas, y no las cosas, eran sujetos de derechos y obligaciones porque la autonomía de la voluntad es una característica propia y exclusiva de los seres humanos como titulares exclusivos con capacidad jurídica para su ejercicio. Ser un ente sujeto de derechos deviene de su condición humana y no necesita de requerimiento alguno. Pero la capacidad de obrar requiere de ciertos condicionamientos que hacen que no toda persona natural tenga capacidad de realizar ciertos actos jurídicos sino que la pueden hacer a través de otras personas que la representen.

El actuar exclusivamente en el ámbito individual no es suficiente para obtener otras capacidades y derechos que no las obtendría desde el plano estrictamente individual sino asociándose con otras personas en particulares formas colectivas identificadas con la consecución de una finalidad social o corporativa legítima. De esta necesidad de integración y asociación nacen las personas jurídicas inicialmente con prerrogativas distintas y disminuidas en comparación con las personas naturales debido en parte a la insistente duda sobre si las personas morales eran o no sujetos de derechos y obligaciones, dada la artificiosidad de su existencia. La presencia del sustrato humano que la sustenta vendría a significar un elemento clave para el reconocimiento de la corporación como una prolongación de las personas humanas que asociadas persiguen objetivos consentidos jurídicamente que intentados de manera individual probablemente nunca o difícilmente lo alcanzarían⁵⁶.

En este contexto, los ordenamientos jurídicos reconocen que los entes jurídicos tienen capacidad de obrar y de obligarse ontológicamente a través de actos y conductas realizadas por seres humanos. Es decir, las personas jurídicas construyen redes co-

56.- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2010:114).

municativas y relacionales a través de las actuaciones de seres humanos o de los órganos que la conforman.

En este sentido la Corte Constitucional del Ecuador en las sentencias N.01-09-sep-cc del 21 de agosto del 2009, publicada en la Gaceta Constitucional N. 09; la Sentencia N. 001-14-PJO-CC, caso N. 0067-11-JD del 23 de abril del 2010; Sentencia N.º 068-10-SEP-CC; la Sentencia N.027-09-sep-CC, caso 0011-0S-EP del 8 de octubre del 2009 que interpreta el Artículo 437 de la CRE. Esta última reconoce formalmente a las personas jurídicas como titulares de los derechos fundamentales con un estatus procesal igual al de las personas físicas. Similar condición, pero ya concretamente en el campo de los penal y procesal penal, esta sentencia reconoce como parte procesal sujeta de imputación penal a la persona jurídica con capacidad de ejercer todos los derechos que le reconoce la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el COIP, Artículo 440. En definitiva, tenemos un sistema penal que sí reconoce formalmente derechos fundamentales a las personas jurídicas.

A. ¿Titular de qué derechos es la persona jurídica?

En principio y siendo la persona jurídica una extensión de la personalidad de las personas físicas que la componen, la titularidad de los derechos cubriría todos aquellos de los que goza la persona natural. CASTILLO CÓRDOVA⁵⁷ nos recuerda que la expresión derechos humanos hace referencia a los derechos del hombre en el plano filosófico y en el espectro internacional, mientras la frase derechos fundamentales se emplea para referirse a aquellos que están reconocidos y garantizados en un determinado ordenamiento jurídico.

57.- CÓRDOVA CASTILLO, L. (2007:6): "La persona jurídica como titular de derechos fundamentales". Piura: Universidad de Piura, Repositorio Institucional PIRHUA. (pág. 6). Recuperado del sitio https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2073/Persona_juridica_como_titular_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

El Artículo 3 de la CRE reconoce que uno de los deberes primordiales del Estado, el primero, o si se quiere el más preciso, es el garantizar sin discriminación alguna el goce de todos los derechos establecido en la CRE y en los instrumentos internacionales de DD.HH, desde el plano individual (Artículo 6) como colectivo (arts. 10 y 11) siendo la persona humana, individual o asociada el fin último del Estado y de todas las instituciones que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La legitimidad del sistema jurídico se justifica por la finalidad funcional de fortalecer la vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales como elemento garantizador de la dignidad humana, con las contraprestaciones de respeto recíproco entre ciudadanos, tal como lo sintetiza el Artículo 66, núm. 5 CRE.

Las personas jurídicas son criminalmente responsables, al igual que las físicas, de las infracciones a la norma penal y desde el lado procesal cuentan con la expectativa de disfrutar de las mismas prerrogativas como sujetos pasivos en el proceso penal, con las dificultades, en ocasiones potencialmente insalvables, que trae aparejado la ausencia de mecanismos jurídicos específicos que señalen con claridad y precisión el procedimiento para el juzgamiento de las corporaciones.

B. ¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas privadas?

En primer lugar, se entiende como personalidad jurídica la capacidad que el Estado le reconoce a una asociación determinada de personas naturales para realizar acciones y contraer obligaciones como unidad. El actuar y comprometerse como una individualidad requiere de una construcción jurídica ficticia que permite que el ejercicio de sus derechos y obligaciones las realice por medio de una persona física que la represente, siempre en un contexto limitado y normado por el mismo Estado autorizador de su creación y funcionamiento.

La respuesta a la pregunta de si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no la encontramos directamente en alguna disposición de la CRE que reconozca específicamente la titularidad de los mismos. Lo que existe es un ejercicio deductivo y de interpretación que nos proporciona las pistas necesarias para posicionar una de carácter teleológico.

En efecto, el Artículo 10 CRE reconoce que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. El término "colectivos" constituye un indicio de referencia a grupos de personas naturales asociadas como personas jurídicas o como sociedades de hecho cuya titularidad de esos derechos queda determinada indudablemente por la norma constitucional. Complementariamente el Artículo 11 CRE se refiere a los principios que facilitan el ejercicio de los derechos fundamentales, como son, el ejercicio, la promoción, el respeto en forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, en un marco de igualdad de uso y goce de los titulares de derechos, deberes y oportunidades, entre los que se encuentran las corporaciones.

Tampoco podemos dejar de mencionar que las colectividades y las personas naturales tienen derecho al agua y a la alimentación (arts. 12 y 13); a una comunicación libre, intercultural, (Artículo 15 CRE); a una comunicación libre; acceso a las tecnologías; a la creación de medios de comunicación social (Artículo 16); a buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna; acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas (Artículo 17); estatuto de refugiado; profesar creencias religiosas (Artículo 66, núm. 8vo.); el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva.

Son varios los llamados a integrar este conjunto de derechos desde la Constitución (Artículo 66 núm. 15) como el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autori-

dades (Artículo 66, núm. 23); el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental (Artículo 66, núm. 26 CRE); el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad; El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad (Artículo 66, núm. 25); el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental; el derecho a la libertad de contratación; el derecho a la libertad de trabajo (Artículo 66, núm. 15, 16, 17), entre otros.

La urgencia de los seres humanos por alcanzar aquellos objetivos planteados en su proyecto de vida hace de la libertad de asociación un derecho y una necesidad de asociarse en agrupaciones de emprendimientos precisamente para alcanzar objetivos que muy difícilmente podrían hacerlo desde el plano individual. El ser humano sabe que las grandes metas solo se logran concretar asociando recursos, capacidades, conocimientos y actividades de gestión de dos o más personas a través de la creación de personas jurídicas o corporaciones que, desde un enfoque constitucional, no se trata sino del reconocimiento del derecho de asociación para fines colectivos como una expresión de los fines que las personas naturales pretenden alcanzar desde el trabajo en sociedad o en colectivo. De esta forma la persona jurídica se constituye en el medio por el cual las personas naturales pretenden la realización de su proyecto de vida en asociación con otras y frente a las cuales el Estado asegura un marco garantista legal y constitucional de respeto y resguardo a la dignidad humana.

C. ¿Cuándo se reconocen derechos fundamentales a las personas jurídicas privadas, se habla de todos aquellos que también tienen las personas naturales?

La cuestión a dilucidarse es sobre qué derechos fundamentales tienen las personas jurídicas; cuáles son en relación con su ob-

jeto y contenido y a qué tipo de personas jurídicas les reconocen tales derechos.

El reconocimiento expresado en la CRE va más allá que el simple derecho a asociarse en estructuras formales distintas de las personas físicas que la integran. Y la razón no deja de tener cierta lógica. Si el Estado está en la obligación primordial de crear un marco legislativo de respeto a los emprendimientos individuales como expresión del derecho a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y la factibilidad de realización de su proyecto de vida en forma individual, y si agregamos que la persona física siempre pretende alcanzar mayores niveles de desarrollo personal y material en forma individual o colectiva, y aún más, si sumamos el derecho que tienen las personas naturales de participar en la vida económica, social y política del país sea de manera individual o colectiva, lo racional es que el Estado despliegue sus recursos para propender estas realizaciones dentro de un marco de crecimiento beneficioso para la sociedad en general.

La creación de un escenario de desarrollo implica el reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas tanto en su dimensión humana como en su calidad de asociado, para alcanzar sus metas que con emprendimientos asociativos quieren lograrlos. GÓMEZ MONTORO cita una sentencia del Tribunal Supremo alemán que dice "...Sólo —se afirma en la sentencia de la Sala segunda, de 8 de julio de 1982— cuando la formación y la actividad de una persona jurídica son expresión del libre desarrollo de los particulares, de personas naturales, cuando especialmente la mirada (DURCHBLICK) a los hombres que están detrás de la persona jurídica se presenta como necesaria y llena de sentido, está justificado considerar a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales..."⁵⁸, incluso como un reconocimiento a la dimensión social del hombre y de su capa-

58.- GOMEZ MONTORO, A. "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación.. En HERNÁNDEZ, J.

cidad de asociación para alcanzar otros objetivos por caminos diferentes a los emprendimientos individuales.⁵⁹

En este sentido, la persona jurídica privada no se constituye un fin en sí mismo⁶⁰ porque no se le puede reconocer como titular del derecho a la dignidad humana, sino que constituye la expresión del ejercicio y la proyección de los derechos fundamentales de las personas que conforman una determinada asociación o ente colectivo. Este criterio no puede descartar que dada la naturaleza de la persona jurídica habría ciertos derechos fundamentales de difícil asignación, como es el derecho a la vida; sin embargo, configurada la protección constitucional de las personas jurídicas sería contradictorio y sin sentido negar el justo reconocimiento de todos aquellos derechos necesarios para la consecución de las mismas. Estamos de acuerdo con GÓMEZ SANTORO cuando dice que se reconoce a "...las personas jurídicas únicamente aquellos derechos que por su naturaleza sean susceptibles de ser ejercidos por ellas, lo que en último extremo depende de cuál sea el ámbito de libertad garantizado por el derecho."⁶¹

De lo precedente podemos deducir que el derecho a la participación en la vida social requiere la titularidad de derechos que permitan esa participación como es el caso del derecho de propiedad, del acceso y la protección jurisdiccional, derecho al debido proceso, a la libertad de empresa y de asociación, etc. Así lo exige su propia individualidad jurídica adquirida y protegida por el Estado, requerida de derechos y de capacidades para contraer obligaciones.

2010): "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsable". En: Diario La Ley N°. 7427, Sección Doctrina, 18 de junio 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

59.- HERNÁNDEZ, J. (2010). "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsable". En: Diario La Ley N°. 7427, Sección Doctrina, 18 de junio 2010, Año XXXI, Editorial La Ley

60.- CÓRDOVA CASTILLO, L. (2007; 8).

61.- GÓMEZ MONTORO, A. (2000).

En cuanto a la amplitud de los derechos fundamentales que se reconocen a la persona jurídica, teóricamente tendría el carácter de limitada en atención a su naturaleza ficticia y jurídica que dista mucho de ser igual o equivalente a la plenitud de la capacidad de goce y de ejercicio de todos los derechos de la persona natural. Son derechos complementarios pero distintos reconocidos en función del desarrollo progresivo pretendido por la persona humana.

En concreto, si tenemos muy en cuenta la esencia jurídica de su existencia hay derechos reconocidos a los entes morales por la norma jurídica en un ordenamiento jurídico determinado que no podrían ser ejercitados efectivamente por las personas jurídicas. Por ejemplo el derecho a la vida, a la integridad sexual y reproductiva, derecho, a la libertad; seguridad personal y libertad de expresión, y otros cuyo ejercicio no coincide con su naturaleza jurídica, derecho a la afiliación a la seguridad social, derecho a la salud, entre otros. Estos derechos solo pueden verificarse únicamente en las personas naturales.

Los derechos que sí podrían ser ejercidos por las personas jurídicas podrían ser, a manera de ejemplo, el derecho al acceso libre y gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses (Artículo 75 CRE). Del Artículo 76 CRE por ejemplo son perfectamente compatibles con el derecho a la presunción de inocencia, al principio de legalidad, al principio de validez de la prueba, al principio de favorabilidad, principio de proporcionalidad de la pena, el derecho a la defensa, el principio de prohibición de doble juzgamiento; principio de contradicción, principio de impugnación, principio de igualdad ante la ley, el derecho a la libertad de expresión y pensamiento, derecho a la privacidad e intimidad, derecho al buen nombre y prestigio, entre otros. Sin embargo, por la particularidad del objeto social de la persona jurídica puede verse restringido o impedido el ejercicio de ciertos derechos fundamentales si existe contradicción con el orden público y con la normativa estatal que cobija su creación y funcionamiento. Por ejemplo,

una iglesia reconocida como tal probablemente se verá impedida de participar en política partidista o en ciertos emprendimientos económicos o financieros.

Queremos dejar en claro que los derechos fundamentales reconocidos de manera indirecta por la CRE a las personas jurídicas no son absolutos e ilimitados como aquellos del que son titulares las personas naturales. Sin embargo el Estado les reconoce no porque se trate de una persona jurídica sino por estar amparada por el ordenamiento jurídico y porqué la CRE consideran a los entes corporativos instrumentos de expansión del espacio de protección y promoción de los derechos fundamentales de las personas naturales asociadas y que ven en las personas jurídicas un herramienta de progreso y proyección hacia la construcción de proyectos de vida individuales en un marco de respeto a la dignidad humana.

Reconocer la existencia de las personas jurídicas blindadas de derechos fundamentales es otra forma que tiene el Estado para garantizar los derechos de las personas naturales. Sin embargo, la extensión del ejercicio o de la protección de los derechos de los entes corporativos no tienen la misma extensión del de las personas físicas por el estándar único de personas humanas; no así las personas jurídicas cuya titularidad de derechos reconocida debe ser ejercida en función del estatuto y de la finalidad por la que fueron creadas.

En Perú, por ejemplo, el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 04072-2009-PA/TC) reconoce el derecho que tienen las corporaciones de participar en forma individual o asociadas en todas las actividades sociales, económicas, culturales y políticas, que su condición de ente colectivo con estatus especial y fines lícitos que lo constituyen en un ente individualizado con personalidad propia sujeto a particulares obligaciones y acreedor al goce de derechos asequibles a su naturaleza de ente ficticio⁶². En Espa-

62.- GACETA JURÍDICA LA LEY (2017): "¿Qué derechos fundamentales de las personas jurídicas ha reconocido el TC?". Editorial del Jueves, 28 de

ña si bien es cierto no se reconoce la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas en la Constitución existe un desarrollo jurisprudencial que ha venido reconociendo tal titularidad de forma expresa en determinados derechos hasta posiciones de reconocimiento en función de la finalidad de la constitución del ente corporativo⁶³.

D. El problema con las personas jurídicas de derecho público

Ni en las leyes ni en la Constitución encontramos alguna disposición normativa sobre si las personas jurídicas de derecho público son titulares de derechos fundamentales al igual que las corporaciones de derecho privado.

Sin pretender ahondar en este punto tengamos en claro que detrás de la constitución y del funcionamiento de las corporaciones públicas se encuentra directamente el interés del Estado que las controla como parte de una gestión orientada generalmente a la provisión de servicios públicos para satisfacción de las necesidades de la colectividad⁶⁴. No son los intereses ni las voluntades de personas naturales particulares que se asocian para que, en ejercicio de sus derechos fundamentales ejercer la titularidad de

diciembre de 2017. La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia Facebook. Ver en <http://laley.pe/not/3264/-que-derechos-fundamentales-de-las-personas-juridicas-ha-reconocido-el-tc->

63.- BURGUEA A., L. (2014): "El derecho a la reputación o buen nombre de los partidos políticos, notas a la STC 79/2014, de 28 de mayo". Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5100821>

64.- RODRIGUEZ BAHAMONDE, R. (2017:117). "Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal". En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi. Al respecto cuestiona esta pretendida unidad conceptual entre personas jurídicas de carácter privado y las de carácter público. Dice "... Frente al amplio reconocimiento de la titularidad del derecho en relación a las personas físicas y a las personas jurídicas de derecho privado, no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de derecho público, pues el derecho a la tutela judicial efectiva protege a los individuos frente al poder..."

los mismos desde una posición colectiva que les permita resultados que no podrían conseguirlos de manera individual. Los derechos fundamentales que el Estado reconoce a las personas jurídicas de derecho privado se fundamentan en la continuidad de la persona natural en la persona jurídica. Que el respeto a la dignidad humana sigue siendo el soporte del reconocimiento de derechos fundamentales a las corporaciones privadas porque es una manera de proyectar el derecho al desarrollo de su personalidad con autonomía y libertad en su doble condición de ciudadanos y personas humanas.

Por otro lado recordemos que los derechos fundamentales, desde el Iluminismo, fueron determinados como límites al poder absoluto del Estado. No se podía concebir una sociedad racionalmente organizada si el Estado persistía invadiendo ámbitos exclusivos y privados de la persona natural. Los derechos fundamentales, como límites de la actividad de aquel son prerrogativa de los ciudadanos y de las personas físicas, y el Estado no puede competir con la persona natural en sus relaciones frente a sí mismo porque estaríamos en un escenario de confrontación del estado versus el estado y como juez dirimente el mismo estado. Conceder derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho público va en contra de la naturaleza del mismo contrato social del cual el Estado no forma parte, contrato que nos permite fundamentar la necesidad de trazar límites al poder político y punitivo del Estado, por lo que no pudo haber un mejor marco de contención como los derechos de los ciudadanos.

En relación con este tema y comentando varios fallos del Tribunal Constitucional en España, Gómez Montoro llega a la conclusión que "... mientras que la persona jurídica de derecho privado es fruto del ejercicio por los ciudadanos de sus derechos fundamentales y ella misma se convierte a su vez en un medio para el ejercicio de esos derechos, la persona jurídica de derecho público es creación del propio Estado (en su significado más amplio) y constituye habitualmente un instrumento de descentralización con el que se busca, en definitiva, una organización

administrativa más flexible y eficaz. La distinción resulta de gran trascendencia sobre todo si la justificación del reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas se busca en los intereses de las personas físicas que están detrás de ellas. En el caso de las personas jurídico-públicas detrás se encuentran los poderes públicos por lo que, en principio, carece de sentido reconocerles derechos fundamentales..."⁶⁵.

Claro que este punto es apenas el comienzo de un debate no concluido por la existencia de regímenes legales que abren abanicos de posibilidades en relación con los derechos fundamentales de las personas jurídicas de derecho público. Existen sustentados criterios que aceptan un régimen de reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho público justificado por la necesidad del Estado de participar en la vida comunitaria a través de la descentralización en la prestación de servicios públicos que benefician a la sociedad y que en última instancia son políticas de respeto a los derechos fundamentales de la población. Esta actividad justificaría la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho público ante eventualidades que impidan esas importantes prestaciones.

No obstante, prima el criterio que reconocen estar frente a un mecanismo autoritario del poder estatal utilizado para el aseguramiento de sus propios fines. No olvidemos que los derechos fundamentales son derechos subjetivos pertenecientes al individuo y que conllevan implícito la obligación del Estado porque se cumplan y se respeten. La pasividad del Estado en relación con la titularidad de los derechos tiene raigambre en el fundamento filosófico político iluminista de los derechos fundamentales en los que aquellos derechos eran mecanismos de defensa de los ciudadanos particulares para ser invocados frente a potenciales abusos del Estado. Es decir, Estado no debe estar en una posi-

65.- GÓMEZ MONTORO, A. (2000).

ción de autoprotección contra sí mismo porque es sujeto pasivo obligado a respetar los límites.⁶⁶

En este sentido, las personas jurídicas de derecho público creadas como extensión del Estado son las obligadas y no las beneficiarias de estas prerrogativas. En otras palabras, las personas jurídicas públicas tienen para el cumplimiento de sus objetivos prerrogativas que no son derechos fundamentales sino atribuciones y facultades o competencias otorgadas por la ley como instrumentos de concreción con finalidades distintas y completamente diferentes a las que movilizan o motivan a las personas naturales.⁶⁷

Sin embargo, en este punto existen diferentes tratamientos adoptados en cada país. Por ejemplo en España la Sentencia Nº 91/1995 de Tribunal Constitucional, Sala 2ª, 19 de Junio de 1995 reconoce el derecho de las personas jurídicas de derecho público a la tutela judicial efectiva admite que "... no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos (SSTC 64/1988, 197/1988 y 67/1991) (F.J. 2)..."⁶⁸ sentencia que posiciona el criterio por el cual el Estado puede reconocer derechos restringidos a las personas jurídicas de derecho público, como la tutela judicial efec-

66.- NUÑEZ P., M. (2005): "Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales. En: BASTIDA FREIJERO F., VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M., ALAEZ CORRAL, B., Y FERNÁNDEZ SARAZOLA, I. (coordinadores): Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978. Madrid. Tecnos. Recuperado del sitio <https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/pdf/titularidad.pdf>

67.- CÓRDOVA C., L. (2007:16): "La persona jurídica como titular de derechos fundamentales". Piura: Universidad de Piura, Repositorio Institucional Pirhua.

68.- SENTENCIA Nº 91/1995 DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sala 2ª, 19 de junio de 1995. Ver en V/Lex España, <https://tc.vlex.es/vid/an-sstc-j-ta-15355526>

tiva por ejemplo, pero no puede invadir el campo en el cual los individuos se defienden realmente del Estado. No puede éste fingir auto protegerse de sí mismo porque sería una forma de afectar los derechos de los individuos.

1. Reconocimiento a posibles situaciones de excepción a la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho público

En primer lugar, si la persona jurídica pública actúa en el marco de su función pública encargada por el Estado no podrá ser titular de derechos fundamentales. Pero si lo hacen fuera del ámbito de sus funciones entonces podría darse una excepción, como sucede cuando la persona jurídica pública es procesada sin importar la materia objeto del mismo. Si es parte procesal titularizará derechos fundamentales al debido proceso que le corresponde a todo procesado o demandado, por ser parte procesal y no como sujeto en ejercicio del poder público que le han conferido. Igual sucede con el derecho a la propiedad cuando rige el derecho privado en un caso particular donde la corporación pública podrá ejercer ese derecho en los mismos términos de igualdad con la persona natural porque no está detrás de él el ejercicio del poder público, por ejemplo en el caso de un juicio por pago del canon de arrendamiento. En este sentido ALDUNATE opina que las personas que "...existen para el ejercicio del poder público y son precisamente las destinatarias de las normas de protección de los derechos fundamentales; son estas entidades las que deben respetar estos derechos... resultando difícil aceptar que, al mismo tiempo, adquieran la calidad de titular de los mismos..."⁶⁹

El otro caso de excepción puede evidenciarse cuando la persona jurídica de derecho público actúa como instrumento de realización y protección de los derechos fundamentales de los ciu-

69.- ALDUNATE, L. (2003:195): "Eduardo, La titularidad de los derechos fundamentales". En: Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios constitucionales, Año I. Universidad de Talca Santiago.

dadanos y tiene un círculo de competencias alejado del Estado. Si en este contexto reclaman ámbitos de libertad que le permita cumplir con las finalidades de realización de los derechos fundamentales de los individuos en general, será titular de derechos porque su actividad favorece la realización de tales derechos en la ciudadanía. Caso de la Universidad que siendo institución de derecho público puede reclamar en los tribunales espacios de libertad y autonomía para precautelar la libertad de pensamiento y de investigación en esa institución.

La tercera excepción puede producirse cuando el derecho fundamental invocado justifica su otorgamiento más allá de quien sea la parte procesal que la invoca. Por ejemplo el debido proceso cuyo contenido debe procurarse por el solo hecho de ser parte procesal relativizando la calidad de persona jurídica pública o privada. El ámbito material y objetivo del derecho fundamental se realiza si se reconoce esta dimensión del contenido mismo de la disposición constitucional garantizadora.

2. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas públicas y privadas según jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. ¿Derechos fundamentales o derechos constitucionales?

El catedrático ecuatoriano FARITH SIMON⁷⁰ destaca, en un importante artículo de su autoría, la idea que la Corte Constitucional carece de un concepto referencial doctrinal de lo que son los derechos fundamentales. Al analizar las sentencias que resuelven los recursos extraordinarios de protección el autor descubre que existen imprecisiones conceptuales que diferencian lo que son derechos fundamentales, derechos humanos, derechos

70.- SIMON, F. (2010:9-93). "La noción "derechos fundamentales" en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional Ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser "derecho constitucional)". En: IURI DICTIO. Septiembre 2010, año X, N°. 13. Publicación periódica del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco.

constitucionales, derechos de las personas y derechos en general. Sin embargo, Las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, publicadas en el suplemento del registro oficial N. 466 de; 13 de noviembre del 2008 utiliza indistintamente las frases "derechos constitucionales" y "derechos fundamentales", expresiones con las que identifica a todos los derechos reconocidos en la Constitución de la Republica, entendiéndose por ellos a aquellos que se encuentran positivados en el bloque de constitucionalidad que comprenden los constantes en la CRE y los reconocidos en los convenios internacionales sobre derechos humanos de los que el Ecuador es parte.

Como un breve antecedente es importante mencionar que la concepción iusnaturalista-individualista de vertiente liberal clásica de los derechos diferencia la separación entre Estado y sociedad originada por la cesión de derechos que los individuos hacen para que éste estructure un compendio limitativo de los derechos fundamentales que se reserva la sociedad. Existe una diferencia entre derechos constitucionales y derechos fundamentales. De tal forma que los derechos constitucionales son aquellos límites que el individuo impone en el contrato social a fin de evitar la injerencia ilegítima del Estado. Así entendido, los derechos reconocidos en la Constitución tienen un infravalor con respecto a los derechos fundamentales que conservaban los individuos y que no constaban en la Constitución. No existía dependencia normativa de los derechos fundamentales.

La tesis del positivismo jurídico (después el garantismo y el neoconstitucionalismo) desechan esta construcción interesada en mantener las estructuras de dominación de una clase y concibe a los derechos fundamentales como derechos subjetivos o intereses dignos de protección jurídica. Es la norma jurídica la que determina su existencia, así como de las garantías de protección y defensa. Siendo la constitución la fuente normativa de mayor nivel jerárquico, y siendo los derechos producto del reconocimiento de la misma, su acceso a la reforma o modificación

por medio de la ley le está vedado al poder político expresado por el poder legislativo. Si lo hace debe hacerlo bajo estricta observancia de parámetros internacionales impregnados en los instrumentos de derechos humanos. No está a su arbitrio crear o eliminar derechos y garantías porque deslegitimaría un régimen político a niveles de ser reconocido negativamente como un Estado autoritario. La eficacia de la norma constitucional expresada en los derechos fundamentales se encuentra en la invocación y aplicación directa de la misma por parte de cualquier ciudadano que demande ante los poderes jurisdiccionales. La titularidad de los mismos se extiende, por no decir se desplaza, del individuo a los colectivos como expresión del cambio de paradigma por el cual la persona como ser humano deja de ser el centro de protección para constituirse en una parte de un todo con derechos.

En la CRE se concreta de cierta forma el fin de un antropocentrismo jurídico que ha caracterizado a constituciones pasadas y evidencia el nacimiento de un titular colectivo, de la masa con derechos. Los derechos fundamentales ya no son derechos subjetivos porque existe una multipersonalidad como titular de los mismos, y también aquellos derechos denominados derechos de los no humanos.

Ramiro Dávila⁷¹ considera que al reconocer la CRE la titularidad de los derechos a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos implícitamente rompe la concepción individualista de los derechos cuyo foco de atención eran los derechos individuales y restrictivamente los derechos colectivos. Con esta disposición normativa constitucional los titulares de derechos colectivos e individuales pueden ser indistintamente cualquier persona. De acuerdo con el mismo autor el término “derechos humanos” viene a ser restrictivo por que la titularidad de los derechos fundamentales o constitucionales, no pertenecen solo

71.- DÁVILA S., R. (2012): “Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos.” En: Pensamiento Jurídico contemporáneo N°.1, Centro de Estudios y difusión del derecho constitucional. Imprenta: V&M Gráficas. Quito: (pág. 67)

al ser humano sino a los no humanos, como la naturaleza, y el derecho a interponer acciones o activar las garantías constitucionales frente a una violación de los mismos ya no corresponde exclusivamente a las mismas por sus propios derechos sino que cualquier persona, afectado o no, es un legitimado activo.

Autores ecuatorianos como Montaña Juan y Pazmiño Patricio⁷² estiman que la constitución ecuatoriana actual tiene importantes elementos del modelo del postpositivismo constitucional como por ejemplo el cambio de la concepción de la democracia participativa por la representativa, la constitucionalización de los derechos humanos en el bloque de constitucionalidad, una evidente y efectiva ampliación de las garantías constitucionales y la introducción de los ejes de la multiculturalidad y la identificación multiétnica de la realidad ecuatoriana.

En la parte dogmática dos han sido los avances que la CRE actual introdujo en su texto: la supremacía jerárquica de la norma internacional de los derechos humanos por sobre el ordenamiento jurídico interno. En segundo lugar un crecimiento y un despliegue de los derechos fundamentales, fenómeno sin precedentes, llegando a extremos como la instauración de cláusula abierta que no agota el reconocimiento de derechos más allá de la norma interna sino teniendo presente la interrelación de otros presupuestos de hecho con el principio de la dignidad humana para activar un proceso de retroalimentación dinámica en el reconocimiento de los derechos fundamentales bajo la regencia de una Corte Constitucional que ejerce funciones de control y emisión de normativas jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento para todos los estamentos inferiores orgánicos que conforman el Estado.

72.- MONTAÑA, J. Y Pazmiño, P. (2012): "Manual de Justicia constitucional ecuatoriana". En: Corte Constitucional del Ecuador. Cuadernos de Trabajo N°. 4, Imprenta: V&M Gráficas, Quito: (págs. 30 – 36)

Los criterios no diferenciadores entre “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales” utilizados por la Corte Constitucional del Ecuador en casi todas las sentencias acuden al mismo concepto referido por Ramiro Ávila en la obra antes citada. Para diferenciarlos de los derechos ordinarios reales y de crédito este autor toma una definición de Ferrajoli, sobre derechos constitucionales como aquellos que son los reconocidos en la Constitución, por el hecho de ser humano, universales, inclusivos en el ejercicio y goce⁷³ de tal forma que queda determinado que los derechos fundamentales a los que se refiere la Corte Constitucional ecuatoriana en sus innumerables sentencias los denomina derechos constitucionales como una expresión que rompe el paradigma de lo humano de los derechos para alcanzar estamentos de protección fuera de la dimensión individual y colectiva, incluso desborda la concepción ferrajoliana de derechos fundamentales⁷⁴ aunque tiene el defecto de no fundamentar los derechos de la naturaleza cuando le otorga el estatus de un ente dotado de dignidad humana con un proyecto de vida en ciernes.

Para Ferrajoli los derechos fundamentales son “...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de persona de ciudadanos, o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo de una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas...”⁷⁵

Esta concepción de derechos fundamentales tiene las siguientes particularidades:

73.- DÁVILA S., R. (2012:67).

74.- FERRAJOLI, L. (2016:37): *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.

75.- FERRAJOLI, L. (2016:37).

- a.- Derechos que no necesariamente deben estar insertos en la Constitución para que sean fundamentales.
- b.- Los tienen por el hecho de ser personas.
- c.- Son derechos universales en su reconocimiento y en su titularidad.
- d.- Los derechos fundamentales se los otorga atendiendo el ámbito de la titularidad de los mismos: Derechos humanos, cuyos titulares son todos los seres humanos; derechos públicos a los ciudadanos de un país; derechos civiles a todas las personas con capacidad de obrar; y los derechos políticos. De ellos dependerá el ámbito de protección, de exclusión, igualdad o simplemente desigualdad⁷⁶

3. Breve revisión de algunos fallos de la Corte Constitucional sobre derechos fundamentales de las personas jurídicas

La sentencia N.01-09-sep-cc del 21 de agosto del 2009, Gaceta Constitucional N. 09, despeja ciertas dudas que podrían haberse dado respecto a la importancia o trascendencia de la frase empleada para referirse a los derechos de las personas. Dice en la parte resolutive que "...cabe destacar que el texto constitucional habla de derechos constitucionales lo que comprende un universo mucho más amplio que la categoría derechos fundamentales empleada en el Artículo 52 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Carta Constitucional..."⁷⁷.

La tendencia que habíamos marcado en acápites anteriores se confirma con la preferencia del juez constitucional en la utilización de la frase derechos constitucionales como una expresión que engloba derechos humanos y no humanos dentro de la tendencia marcadamente garantista del texto constitucional ecuatoriano.

76.- FERRAJOLI, L. (2016:41).

77.- ECUADOR. CORTE CONSTITUCIONAL, RESOLUCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. 012-09-SEP-CC CASO: 0048-08-EP, Viernes 21 de Agosto del 2009 Suplemento Registro Oficial – Nro. 9 pág. 42.

La sentencia N. 001-14-PJO-CC, caso N. 0067-11-JD del 23 de abril del 2010 la Corte Constitucional al responder a la pregunta sobre si las personas jurídicas son titulares de los derechos constitucionales manifiesta debe atenerse al análisis del caso concreto y establece, como precedente jurisprudencial obligatorio, que "... debe hacerse caso por caso en consideración a las posibilidades derivadas de su naturaleza social, así como de los términos en los que esta formulado el derecho en la norma constitucional..."⁷⁸. Para ello la Corte Constitucional apela al principio de universalidad en la titularidad de los derechos extendiendo su alcance a las personas individuales o colectivas en las que se insertarían las personas jurídicas, según el Artículo 10 CRE. No obstante la Corte reconoce que las personas jurídicas no pueden beneficiarse del ejercicio de todas estas provisiones constitucionales dada su naturaleza distinta a la de las personas físicas, aunque no dejan de ser titulares de los mismos.

Pero contradictoriamente, para dar fundamento a esta resolución, acude a la sentencia N.º 068-10-SEP-CC que no llega precisamente a la misma conclusión porque contiene un criterio restrictivo de titularidad en el que "... pese a que las personas jurídicas no sean titulares de todos los derechos constitucionales fundamentales, sí lo son de aquellos que les correspondan, según su naturaleza social y siempre en atención a la definición constitucional de los derechos de los que se trate..."⁷⁹. Conclusión que afecta el principio de universalidad de los derechos en parte debido a la confusión entre titularidad de derechos y capacidad de ejercicio establecido por la norma legal y constitucional. La sentencia N.027-09-sep-CC, caso 0011-0S-EP del 8 de octubre del 2009 interpreta el Artículo 437 de la CRE pretendiendo

78.- ECUADOR. CORTE CONSTITUCIONAL. RESOLUCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N. 001-14-PJO-CC caso N. 0067-11-JD del 23 de Abril del 2010, Gaceta Constitucional N° 007 - Jueves 3 de julio de 2014.

79.- ECUADOR. CORTE CONSTITUCIONAL, PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN, Sentencia N.º 068-10-SEP-CC. Caso N.º 0734-09-EP, Registro Oficial Suplemento N.º 372, 27 de enero de 2011

responder a la pregunta sobre si las personas jurídicas pueden interponer una acción constitucional extraordinaria de protección. La Corte cree que el Artículo 3 CRE garantiza el goce de los derechos fundamentales sin discriminación alguna en reconocimiento del principio de igualdad (Artículo 11, núm. 2 CRE) y la prohibición de restricción de los derechos y garantías que impide realizar interpretaciones constitucionales que limiten derechos y el ejercicio de los mismos, según Artículo 11, núm. 1 CRE. Por tanto cualquier persona natural o jurídica puede interponer la acción extraordinaria de protección (legitimado activo) para exigir en este caso la tutela judicial efectiva del derecho al debido proceso. Como podemos observar, esta sentencia a diferencia de la anterior, interpreta extensivamente el principio de titularidad de los derechos constitucionales y de la capacidad de ejercicio sin limitaciones a las personas jurídicas sean de carácter público o privadas.

4. Algunos puntos importantes en los fallos de la Corte Constitucional

- a.- En relación con la titularidad de los derechos constitucionales de las personas jurídicas la Corte adopta el principio de universalidad de la titularidad de derechos para las personas jurídicas públicas y privadas, de hecho y de derecho, bajo el cobijo del principio de no discriminación. La Corte cree que las personas jurídicas cumplen el parámetro mínimo de pertenecer a un género que abarca el término “personas” utilizado en el Artículo 10 CRE. En otra sentencia la Corte fundamenta el reconocimiento en la palabra “colectivos” como expresión de una voluntad asociada en la consecución de proyectos de vida en comunidad, que parece la más apropiada.
- b.- No existe disposición normativa alguna que niegue textualmente la condición de titular de los derechos constitucionales (derechos fundamentales amplificados) a la persona jurídica. Si el Estado considera que las asociaciones de personas en un ente corporativo autónomo tienen finalidades legiti-

mas permitidas está por demás suponer que se encuentran investidas de derechos fundamentales que trascienden no solo la naturaleza individual de sus componentes sino que trasciende hacia prerrogativas emanadas de su condición de ente colectivo con finalidad social y bajo tutela normativa constitucional y legal. Son derechos propios y exclusivos de los que la persona natural no es titular, por ejemplo, recibir captaciones de dinero público o auspiciar candidatos a elección popular que solo las personas jurídicas puede hacerlo.

En este sentido, la titularidad de los derechos y garantías constitucionales de las personas jurídicas, de acuerdo al fallo más reciente N.001-14-PJO-CC, no tiene la misma extensión que la reconocida a las personas naturales. Los entes corporativos son titulares de las previsiones constitucionales con restricciones que son propias de la naturaleza emanada de su condición de ser ficticio y de su finalidad social, aunque las restricciones no deberían hacerse a la titularidad de los mismos sino a su capacidad de ejercicio por las complicaciones derivadas de su carácter corporativo y del tipo de derecho que se trate.

- c.- En relación con el polémico punto del reconocimiento de derechos a las personas jurídicas de derecho público la Corte Constitucional en la referida sentencia N.027-09-SEP-CC sin ningún argumento que sirva de sustento o fundamento, concede las mismas prerrogativas constitucionales a los entes públicos como titulares de los derechos y garantías establecidos en el bloque de constitucionalidad apoyándose en el principio de igualdad y no discriminación y en la prohibición de la interpretación restrictiva de los derechos desconociendo criterios restrictivos por los cuales estas personas jurídicas deberían limitarse al ejercicio de las potestades y atribuciones muy limitadas establecidas en la norma por tratarse de personas de derecho público con capacidad de realizar únicamente lo que le permite la ley.

Si asumimos la concepción de derechos fundamentales o constitucionales como límite a la potestad punitiva o controladora del Estado en un escenario social de permanente confrontación entre el individuo (solo o asociado) y el Estado; donde la dignidad humana (individual o colectiva) se enfrenta al poder estatal, no podremos concebir esta ecuación que, como hemos visto, excepcionalmente se cumple con el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a las corporaciones jurídicas de carácter público y bajo estrictos condicionamientos establecido en función de su finalidad de servicio social directo.

5. *¿Tienen derechos fundamentales las asociaciones de hecho o personas sin personalidad jurídica?*

Si nos atenemos a la sentencia N.027-09-SEP-CC, en el núm. 4to, interpreta el Artículo 437 y permite que la acción extraordinaria de protección puede tener como legitimado activo a cualquier persona natural, jurídica, pública, privada, en forma individual o colectiva. Atentos al principio de no discriminación ni restricción, el principio de igualdad y la titularidad universal de los derechos constitucionales en las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, constantes los Artículos 3, 10, 11 de la CRE, podemos concluir que las personas corporativas de hecho y que no tienen reconocimiento del Estado para el ejercicio y goce autónomo de ciertos derechos, tienen derechos constitucionales. Un reconocimiento de tal naturaleza apela, como lo dice el fallo, a la existencia lógica de restricciones de la misma CRE y de la ley. Las personas jurídicas y las no jurídicas como titulares de derechos y garantías se mueven en un plano de menor a mayor restricción.

La propia CRE exige que para el ejercicio de ciertos derechos los individuos deben asociarse en personas jurídicas como condición *ex ante* para tal propósito. Ejemplos como la formación de partidos políticos y su participación en los procesos electorales, la constitución de entidades financieras como personas

jurídicas previa autorización de sus operaciones por parte de las autoridades financieras, la constitución de fundaciones con personalidad jurídica para la realización de actividades sin fines de lucro y con derecho a exenciones tributarias, la exigencia de la formación de una cooperativa de vivienda para los fines de lotización y entrega de terrenos a sus asociados sin fines de lucro, aspectos sin los cuales no podrían acceder a los beneficios ni realizar las finalidades propuestas sin el requisito de estar constituidas formalmente como entes autónomos. Estas corporaciones jurídicas tendrán mayores ventajas y prerrogativas jurídicas, políticas, económicas y sociales frente a los colectivos sin personalidad jurídica que estarán autorizadas a la realización de actividades de menor riesgo y por ende de menor favorabilidad para sus integrantes.

No tienen acceso a ser beneficiarios de la estructura normativa del régimen de propiedad, del régimen financiero o bursátil, del régimen de importaciones y exportaciones que si lo tienen las personas jurídicas. Sin embargo, son titulares de ciertos derechos como el acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva aunque no puedan interponer una acción extraordinaria de protección que si la tienen las personas jurídicas, según la misma sentencia de la Corte Constitucional. Estos son aspectos que se puede dejar para un futuro desarrollo jurisprudencial de la misma Corte Constitucional que llene estas expectativas generadas por cierta falta de precisión y confusión conceptual en cuanto a titularidad y capacidad de ejercicio.

6. ¿De qué derechos constitucionales o fundamentales son titulares las personas jurídicas?

La Corte Constitucional en el fallo N. 027-09-SEP-CC, CASO 0011-o8-EP reconoce la titularidad de derechos a todas las personas, comunidades, nacionalidades y colectivos sin discriminación alguna, entre ellas las personas jurídicas y las de hecho con las restricciones propias de su naturaleza y de los derechos de los que se trate. Lo complicado es pretender desarrollar una

tabla que describa tales derechos de los que pretenda ser acreedor la persona jurídica teniendo en cuenta dos circunstancias: la natural diferencia entre persona física y jurídica lo que implicaría la existencia de derechos propios y exclusivos de los entes corporativos por el hecho de ser tal. O si los derechos tradicionalmente reconocidos a las personas físicas son los mismos derechos proyectados a las personas jurídicas más aquellos propios de su naturaleza corporativa y que la norma jurídica les reconoce por el interés legítimo de su creación.

El mismo fallo N. 001-14-PJD-CC, caso 0067-11-JD, descarta la pretensión de que exista un reconocimiento de todos los derechos constitucionales de corte individualista a las personas jurídicas públicas y privadas sino que lo óptimo recomendable es hacerse caso por caso en atención al texto del derecho constitucional y a las posibilidades derivadas del carácter particular de los entes ficticios. Ejemplo de ello es que en este mismo fallo la Corte niega la pretensión de que una persona jurídica sea titular del derecho a la protección de datos porque a su criterio la información personal a protegerse no se efectiviza sobre los datos de la empresa sino sobre los datos personales de sus asociados o de su representante legal.

En este sentido y a grosso modo, los derechos de los que las personas jurídicas están en plena capacidad de ser titulares y de ejercerlos son todos los derechos como el de la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso, a la seguridad jurídica, el derecho a la defensa, inviolabilidad a la defensa; el ejercicio de toda la gama de derechos a los que tendría acceso en función de sus finalidades sociales en el campo de la actividad económica, empresarial, societaria, bancaria, bursátil, mercantil, actividades de la construcción y consultoría y de los servicios en general. También los derechos constantes en los Artículos 65, 75, 76 82 de la CRE entre otros más. Los entes corporativos pueden apelar y exigir su contraprestación de sus obligaciones en relación al mantenimiento de la seguridad, a cumplir con los mandatos constitucionales relacionados con los derechos humanos, con la

protección a la naturaleza, con el uso de los recursos de manera sustentable y sostenible, acatar las decisiones de autoridad competente y combatir los actos de corrupción, que en general son derechos con niveles de obligatoriedad marcados por los límites impuestos por la ley y por las normas de su propio estatuto de constitución.

En este contexto anticipamos que el principio de reserva legal consagrado en la CRE faculta que el diseño de un futuro estatuto procesal penal recoja los principios, derechos y garantías constitucionales de los que deberá estar investida la persona jurídica sin perjuicio de que el COIP tenga actualmente estructura de procedimiento penal eminentemente antropomorfo que acoge en el banquillo de procesados exclusivamente a personas naturales.

E. Las personas jurídicas y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

¿Son las personas jurídicas titulares de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos? Una interpretación literal de la CADH puede fácilmente concluir que las personas jurídicas no tienen derechos fundamentales, porque los derechos consagrados se refieren a la persona humana (Artículo 1, acápite 2)⁸⁰ como titular exclusivo de tales derechos. El fundamento del sistema regional de protección de los derechos humanos sería la dignidad humana entendida ésta desde la perspectiva individualista.

80.- CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS: "... Parte I - Deberes de los estados y derechos protegidos. Capítulo I - Enumeración de deberes. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, rigen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano..."

Pero desde otro punto de vista, si estos derechos nacen como contrapeso al poder estatal en favor de la persona humana por el simple hecho de serlo, el carácter progresivo y el dinamismo socio-político de las necesidades sociales imponen otros paradigmas de cobertura a las mismas personas físicas, pero a través de otras figuras asociativas como son las personas jurídicas. Este aspecto está reconocido en el Artículo 26 de la CADH, principio de progresividad de los derechos humanos, que extrae el compromiso que tienen los Estados signatarios de acomodar progresivamente la efectividad plena de esos derechos en función del desarrollo económico, cultural, científico, social y educativo. A más desarrollo más compromiso de protección de derechos sociales, económicos, políticos, culturales y ambientales y mayor rango de cobertura no solo respecto al contenido de los mismos sino en cuanto a los titulares personas físicas y jurídicas, asociaciones, colectivos, comunidades, justificado por la necesidad de proteger las finalidades por las que han sido creadas. Se evidencia un salto cualitativo y cuantitativo del ámbito protectivo de lo subjetivo e individual a un sistema integral de protección plural y social con miras a conseguir los fines últimos de dignidad y justicia.

Estamos frente a un concepto reduccionista de persona jurídica que apenas podría tener protección de alguno de sus derechos no por reconocimiento expreso de sujeto de tales derechos sino por un concepto de carácter derivativo. Es decir, el que el marco de cobertura y protección viene dado por la necesidad de proteger los derechos individuales de las personas físicas que se han asociado en colectivos o asociaciones para la realización de emprendimientos lícitos. Los derechos de las asociaciones provistas de derechos potencialmente pueden ser reivindicados por sus accionistas o representantes.

La CADH literalmente desconoce la capacidad de la persona jurídica de ser sujeto de derechos que sean propios, independientes y distintos de los que tienen las personas naturales que

la integran. La Corte reconoce que la asociación de personas humanas alrededor de un fin legítimo es objeto de protección porque la persona jurídica formada es un ente independiente de los socios y con un patrimonio propio y diferente de los mismos; con una capacidad y responsabilidad limitada frente a terceros.

Sin embargo la CIDH en este fallo (Caso Cantos Vs. Argentina) no acepta la titularidad directa de derechos fundamentales a las personas jurídicas. Reconoce a lo más una legitimación activa únicamente para los socios o sus representantes orientadas a reivindicar derechos de las personas naturales que por el solo hecho de formar parte de una persona jurídica se hacen acreedores. Lo confirma en el mismo fallo: "...sin embargo, la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación..."⁸¹

En este sentido tanto la Corte como la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en varios fallos han resuelto este punto reduciendo al mínimo los derechos de los entes corporativos y asumirlos como derechos de los accionistas y socios, negando expresamente la posibilidad que el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos reconozca protección alguna a las personas jurídicas porque el sistema interamericano está diseñado para dar cobertura efectiva a los individuos siendo considerados como atributos exclusivos para la persona humana, como reza en el Preámbulo de la CADH, negando incluso capacidad procesal a las personas jurídicas para que puedan acudir a estos organismos regionales.

Existen varios fallos de la Corte y de la Comisión, como el caso Cantos vs Argentina donde se ratifica este aserto: "...Esta Corte

81.- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, pág. 9. Recuperado del sitio: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf

considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de accionistas..."⁸²

82.- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Recuperado del sitio: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf. Dice en otra parte de la sentencia que "En relación a la empresa Tabacalera Boquerón S.A., ésta no puede ser víctima de una violación de la Convención ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos, atendida su naturaleza jurídica. A su vez, en relación a los accionistas de la empresa, cabe señalar que todos los recursos judiciales presentados con el fin de agotar los recursos de jurisdicción interna fueron hechos por la persona jurídica Tabacalera Boquerón S.A., no habiendo entre los documentos acompañados constancia alguna de presentación realizada ante los tribunales paraguayos a nombre de los accionistas, no habiéndose agotado dichos recursos de jurisdicción interna en relación a ellos." En otro caso, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 106/99, Caso BENDECK-COHDINSA Vs HONDURAS Fecha: 27 de septiembre de 1999: "...Por otro lado, la Comisión nota que el señor Bendeck no intervino como parte en ninguno de los procedimientos judiciales agotados por CODHINSA ni a nombre propio ni como accionista de la misma, ni ha probado que los accionistas de dicha empresa ni ninguna otra persona física hayan sido víctimas de violaciones de los derechos humanos. Tampoco ha alegado que alguna persona física o natural haya agotado los recursos de la jurisdicción interna, se haya presentado ante las autoridades nacionales como agraviadas, ni haya manifestado algún impedimento para dejar de hacerlo". (F. J. N° 19).

En otro caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe n° 47/97, Caso Tabacalera Boquerón SA vs Paraguay dice "...Si bien es cierto que en el presente caso no estamos frente a una institución bancar-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emite una opinión consultiva el 22 de octubre de 2016, solicitada por la República de Panamá sobre si las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales previstos en la Convención Americana de los DD.HH. y por tanto ser beneficiarias del acceso a demandas de protección en calidad de un legitimado activo. La CIDH aplicando los métodos interpretativos previstos en los artículos 31, num. 44 y Artículo 32, num. 45 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados niega la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujetos de protección de la Convención por las siguientes razones:

- 1.- Que los derechos reconocidos en la Convención están dirigidos hacia los sujetos como personas o seres humanos, entendidos estos términos como sinónimos, lo que deja fuera cualquier interpretación extensiva del término "personas". Esto implica que las personas jurídicas en el marco de la Convención Americana "...no son titulares de los derechos establecidos en ésta y, por tanto, no pueden presentar peticiones o acceder directamente, en calidad de presuntas víctimas y haciendo valer derechos humanos como propios, ante el sistema interamericano..."⁸³

ia, no es menos cierto que ambas son sociedades anónimas, vale decir personas jurídicas, y en el caso en cuestión, la directamente afectada con las resoluciones judiciales fue siempre Tabacalera Boquerón S.A., quien sufriera un "perjuicio patrimonial"; en los juicios internos jamás se señaló a los accionistas como víctimas de violación alguna a sus derechos, jamás se ejerció acción alguna para proteger sus derechos, por lo que al igual que en el caso ya citado, lo que está en discusión no son los derechos individuales de propiedad de los accionistas, sino los derechos comerciales y "patrimoniales" de Tabacalera Boquerón S.A., la que no se encuentra amparada por la jurisdicción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos." (F. J. N° 27)..."

83.- CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva del 22 de octubre de 2016, solicitada por la República de Panamá. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del Artículo 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30,

La Corte igualmente ensaya otras interpretaciones que eventualmente podría dar cabida a la protección de las personas morales. En efecto, al utilizar la interpretación teleológica para definir el propósito del Convenio concluyen que el objeto y fin del mismo es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos frente al Estado, lo que confirma el aserto de la negativa.

De otra parte, se ensaya también una interpretación sistemática para verificar si el sentido de la norma, en este caso concreto, la palabra "persona" se encuentra en concordancia con los demás instrumentos internacionales del sistema interamericano e internacional. En efecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre solo hace referencia a los derechos de los seres humanos y no de otro tipo de personas.

Utilizando la interpretación evolutiva de las normas verifican el acceso y el reconocimiento como titular de derechos fundamentales a las personas jurídicas y efectivamente han utilizado en otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos, como un mecanismo para verificar otras pautas de cobertura y otros alcances de una norma en el sistema interamericano. De esta forma la CIDH analiza varios casos conocidos por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, concretamente la redacción del Artículo 34 y del Artículo 1 del Protocolo Adicional N.1 que les ha permitido conocer demandas de personas jurídicas ante el Tribunal Europeo no solo relacionadas al derecho de propiedad sino también a la libertad de expresión, a la no discriminación, a un proceso equitativo, a la libertad de reunión y de asociación, a la libertad de pensamiento, conciencia y de religión, o a la vida privada o familiar ⁸⁴.

44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador), pág. 16.

84.- CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva del 22 de

octubre de 2016, solicitada por la República de Panamá. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del Artículo 1.2, en relación con

La CIDH reconoce que siendo el Artículo 44 de la Convención Americana igual al Artículo 34 del Convenio Europeo las personas jurídicas tienen la titularidad de los derechos fundamentales⁸⁵. Sin embargo, la Corte en forma apresurada infiere que la diferencia es que el sistema interamericano permite que cualquier persona en forma individual o colectiva denuncie la afectación de derechos por parte del Estado, lo que en el Convenio Europeo permite en cambio que sean las víctimas las que denuncien, por lo que no puede hablarse de dos sistemas similares con soluciones diferentes. Cuando analiza el sistema africano y el sistema internacional, la Corte llega a la conclusión de que estos sistemas no reconocen ni existe marcada alguna tendencia hacia el reconocimiento de los derechos materiales y procesales de las personas jurídicas para el acceso a su protección.

Dentro del análisis del derecho comparado de los países miembros de la Convención Americana, la Corte evidencia que varios países miembros reconocen derechos a las personas jurídicas pero que sus sistemas de reconocimiento no lo hacen en la misma forma ni con el mismo grado de sistematización por lo que utilizando el método evolutivo no es posible modificar el alcance del Artículo 1.2 de la Convención Americana.

los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador), pág. 20.

85.- El Artículo 44 de la Convención americana de los Derechos humanos: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte...". Artículo 34 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos: "...Demandas individuales El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho..."

Luego de estos análisis y utilizando los métodos previstos en la Convención de Viena la Corte llega a la conclusión, elevada a la categoría de regla general, de que "...las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano..."⁸⁶ Sin embargo, en esta opinión consultiva la Corte mantiene un sistema de excepciones a esta regla de inaccesibilidad cuando se trata de ciertos grupos de personas que por sus características han estado en una situación de desventaja frente a las potestades del Estado:

- 1.- Las comunidades indígenas y tribales que sí son consideradas por la Corte como titulares de algunos de los derechos protegidos en la Convención y con derecho al acceso al sistema interamericano sea en forma individual o en forma colectiva.
- 2.- Igualmente la Corte ha reconocido la titularidad de los derechos fundamentales establecidos en el Artículo 8.1.a del Protocolo de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Estas organizaciones pueden acceder al sistema interamericano en defensa de sus propios derechos. Para el caso de los sindicatos, federaciones y confederaciones que estén constituidos como personas jurídicas legalmente reconocidos por el Estado pueden presentarse ante la Comisión Interamericana en forma individual o en representación de sus asociados ante la afectación de sus derechos por parte del Estado.

86.- CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva del 22 de octubre de 2016, solicitada por la República de Panamá. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del Artículo 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador). (pág. 27).

3.- En relación con la protección de derechos humanos de las personas físicas por medio de organizaciones no gubernamentales o personas jurídicas, la Corte considera que bajo la premisa mayor de la no aceptación de las personas jurídicas como beneficiarias de las prerrogativas de la Convención Americana, la misma Corte acepta que para requerir la protección del sistema interamericano el ejercicio del derecho vulnerado debe hacerse a través de la persona jurídica de manera directa. No debe ser un simple vínculo sino que, por el contrario, debe existir una relación con las actividades de la persona jurídica y con el ejercicio de los derechos vulnerados, lo que dependerá del tipo o de la forma en la que se presente la persona jurídica "...por ello, la Corte determinará la manera de probar el vínculo cuando analice la alegada violación de uno de los derechos presuntamente vulnerados en un caso contencioso concreto..." ⁸⁷ para que la defensa sea exclusivamente de la persona natural y no de la persona jurídica, debiendo agotar los recursos internos por interposición de las personas jurídicas.

En conclusión, podemos estar seguros, al igual que varios expertos en el tema, que esta discusión sobre el acceso de las personas jurídicas al sistema interamericano apenas comienza a discutirse porque evidentemente existen varios fallos y muchas posibilidades que se abran los casos de libertad de expresión en países de la región en los cuales las violaciones de los derechos de las personas jurídicas significaron violaciones a los derechos de las personas naturales que las integran y que a un cercano futuro los casos pendientes de resolución podrían acabar con esta situación de permanencia de un régimen inte-

87.- CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva del 22 de octubre de 2016, solicitada por la República de Panamá. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del Artículo 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador). (pág. 41).

americano que las ignora, las desplaza o las rechaza. Pronto se entenderá que la negación del acceso a la titularidad de sus derechos terminará desprotegiendo a las propias personas naturales. Incluso el sistema de excepciones y la posibilidad de que a través del levantamiento del velo societario se entre a proteger los derechos de los accionistas de una persona jurídica ya han sido utilizados en algunos fallos de la Corte⁸⁸. En este sentido, estamos frente a un sistema en proceso de evolución normativa hacia un sistema que han aplicado con mucha efectividad, como es el caso de la Convención Europea y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.



88.- MURILLO, D. (2015): opinión escrita sobre la consulta presentada por el Estado de Panamá sobre la interpretación y el alcance del Artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Abogado Investigador y consultor en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público, Ver en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/panama/24.DavidAndresMurilloCruz.pdf>

CAPÍTULO II

DERECHOS Y GARANTIAS PROCESALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. GARANTÍAS MÍNIMAS QUE DEBEN PRECISARSE ANTE LA AUSENCIA DE UN ESTATUTO PROCESAL EN EL COIP

La ausencia de previsiones procesales ante las repercusiones previsibles que se generaría con la introducción del modelo de responsabilidad penal en el Ecuador es una falla considerable, entre otras, que tuvo la reforma penal del 2014 y que no logró insertar un sistema de juzgamiento corporativo propio. Dejó bajo responsabilidad del juzgador adaptar las instituciones del sistema tradicional de responsabilidad penal individualista que tiene otra esencialidad y distintas características. Funcionalizar esta adaptación es un trabajo enorme de ingeniería dogmático - penal. El legislador ecuatoriano no previó la cadena de consecuencias que podía generar la adopción del sistema vicarial extremo sin el acompañamiento de un estatuto procesal.

Tenemos dado por cierto que el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador es el modelo vicarial extremo de origen norteamericano. Y este hecho será el punto de partida para precisar el modelo de proceso penal aplicable para el juzgamiento de las corporaciones lo que tornaría menos dificultoso el diseño de una estrategia de defensa por parte de la corporación.

No entendemos los motivos que determinaron la falta de previsión procesal del legislador ecuatoriano en la prescripción de la RPPJ. La ausencia de la norma adjetiva obedece probable-

mente a la excesiva confianza en el trabajo del juez de garantías penales para improvisar un procedimiento de juzgamiento colectivo a partir del procedimiento de corte individual vigente. Probablemente pensaron en un pronto desarrollo jurisprudencial proveniente de los fallos de la Corte Constitucional para llenar los vacíos en materia procesal derivados de la aplicación de la nueva normativa. En otras palabras, se recrea un escenario típico de “suplencia judicial”, dice Hernández García,⁸⁹ que consiste en acondicionar la comparecencia de la persona jurídica a la forma en la que se presentan en los procesos civiles, administrativos o laborales⁹⁰.

La sentencia N. 027-09- SEP-CC, Caso: OOII-OS-EP, la Corte Constitucional reconoce a la persona jurídica como titular de derechos fundamentales, con ciertas las restricciones propias de su naturaleza. De esta forma se evita situaciones que puedan derivar en casos de indefensión por una interpretación literal de la ley que solo otorga categorías procesales al procesado como persona física, tal es el caso de los principios del debido proceso.⁹¹ La nivelación en el estatus de sujetos procesales entre la

89.- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2010:4). “Problemas alrededor del Estatuto Procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”. En: Revista “La Ley” n° 7427, 18 de junio de 2010.

90.- DEL MORAL, ANTONIO. (2011). “El estatuto jurídico procesal”. Jornada de Derecho penal: Los retos de la Organización empresarial ante la nueva reforma del Código Pena. Madrid, 1 de junio de 2011. Fundación Ramón Areces. Recuperado del sitio <http://www.fundacionareces.es/fundacionareces/cargarAplicacionAgendaEventos.do?verPrograma=1&identificador=1238>. El autor describe la forma como se debería tratar procesalmente a la persona jurídica en forma similar a la que comparece en otros procesos no penales. Así menciona que “...Es esencial que sean notificados, que estén presentes mediante abogado y procurador, que se les comuniquen todas las decisiones relevantes; pero no es necesario que exista una persona física concreta que asuma el rol de imputado. Hay que salvaguardar todos los derechos que la Constitución y el ordenamiento asignan a una parte imputada, pero sin necesidad de que se visualice de manera ineludible en el proceso a través de un representante orgánico a la sociedad imputada...”

91.- En España la titularidad de la persona jurídica a la tutela judicial efec-

persona física y la jurídica representa, para esta última, el favorecimiento dentro del proceso de todas las garantías de las que se benefician los individuos.

En España, en los momentos en que adolecieron del mismo problema, varios autores, como Bajo Fernández y Gómez-Jara⁹², resaltaban un similar sistema de reconocimiento constitucional para equiparar los derechos procesales de la persona física y con los de la persona jurídica. Aseguraban que desde el plano constitucional resultaba intolerable que las acciones delictivas de las personas jurídicas constituyeran un sistema excepcionado de las garantías procesales que introducían condiciones desiguales de juzgamiento a personas que constitucionalmente gozaban de los mismos derechos.

Igual reflexión es aplicable a la legislación ecuatoriana en tributo al principio de igualdad procesal y la prohibición de indefensión de las partes procesales, entre otros principios, con los que se incluyeron a la personas jurídicas de derecho público como titulares de derechos constitucionales, entre los que se reconocían garantías procesales de sujetos activos y pasivos del proceso penal, aunque en esencia las corporaciones de carácter público no constituyen objeto de alguna expresión genuina de derechos ciudadanos frente al poder del Estado⁹³.

Sin embargo de ello, todas las personas jurídicas gozan de las garantías formales y procesales que contempla el Artículo 76

tiva fue reconocida por

sentencia 413 del 2010 emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Artículo 47. Ver más en Miguel Bajo Fernández y Carlos Gómez Jara-Díez en "Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica. en tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Editorial Aranzadi. Pamplona. (pág. 279 y ss.).

92.- BAJO FERNÁNDEZ, M. Y GÓMEZ JARA-DÍEZ, C. (2012:281): "Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica". En: BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: "Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi SA.

93.- RODRIGUEZ BAHAMONDE, R. (2017:117).

CRE sin distinción y discriminación alguna, incluidas las corporaciones extranjeras a las que se les blindó con el derecho a la defensa jurídica integral y a un reconocimiento constitucional de equivalencia de derechos.

A. La determinación del objeto del proceso penal en el proceso contra de las personas jurídicas

Definitivamente el modelo de RPPJ determina las características que tendría el proceso penal en contra de la corporación. En este sentido los hechos punibles y la conducta activa u omisiva del sujeto activo del delito viene a constituirse en el objeto del proceso penal sobre el cual, después de un ejercicio de subsunción, se determinarán si constituyen o no el presupuesto de hecho del tipo penal que se analiza, como paso previo a la atribución de responsabilidad penal. En palabras de Gascón Inchausti "...el objeto del proceso penal, por tanto, viene integrado por un conjunto de hechos con relevancia penal; éstos son los hechos que han de ser objeto, primero, y de prueba, después y sobre ellos han de versar, las alegaciones y pretensiones de las partes así como el posterior enjuiciamiento del tribunal..."⁹⁴

Para la determinación del objeto debemos remitirnos a lo establecido en el Artículo 49 del COIP que nos refiere de manera directa a los hechos sobre los cuales se centran las actuaciones del Fiscal y de las partes procesales involucradas. En este artículo se encuentra lo que debe ser materia del proceso, es decir, los hechos que determinan la responsabilidad de las corporaciones y lo que se tiene que demostrar en el trascurso del mismo. La carga probatoria de la acusación en contra de la persona jurídica está conformada por una serie de sucesos con relevancia penal plenamente demostrados que han sido cometidos por la corporación y que en consecuencia está en posición de ser reprochada penalmente por tales actos.

94.- GASTON INCHUASTI, F. (2012: 34). "Proceso penal y persona jurídica". Madrid: Marcial Pons.

En el sistema vicarial del Artículo 49 COIP debe primero identificarse el delito y los hechos que demuestran la comisión del mismo por parte de la persona física. El proceso se inicia únicamente en contra de la persona natural autora de la infracción penal. Las características de su conducta determinará el grado de responsabilidad exclusiva para la imposición de la pena. Solo una vez ejecutoriada la sentencia que declara la culpabilidad de la persona física se debe iniciar otro proceso en contra de la persona jurídica con el objeto de verificar los presupuestos de imputación penal y, de darse los presupuestos, trasladar la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica.

En otras palabras, el objeto del proceso penal en contra de la persona física autora del delito será la demostración de los hechos constitutivos de la infracción cometida por el individuo. En esta parte la persona jurídica no es la persona procesada, ni está siendo imputada, ni tampoco es parte procesal. Puede incluso presentarse como víctima y solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios que le corresponda. Es en una etapa posterior cuando el Fiscal debe formular "cargos" en contra de la persona jurídica previa a la declaratoria de responsabilidad de la persona física.

Pero no es un acto de automatismo jurídico la determinación de la RPPJ, sino que se debe verificar el cumplimiento de los presupuestos de la ley que en definitiva vienen a constituir los hechos objeto del proceso contra la corporación. Y estos hechos no son abiertos sino limitados a lo estipulado en el Artículo 49 COIP y que tienen relación directa con ellos tal es el caso de la relación de propiedad, laboral o administrativa de la persona natural con la persona jurídica, la demostración de la existencia de beneficios obtenidos por la persona jurídica a consecuencia de la infracción penal, así como la verificación de que se trata de una persona jurídica de carácter privado y no pública. Aquellos hechos que vayan más allá de estos límites no constituyen objeto del proceso y por lo tanto irrelevantes para determinar la responsabilidad de la persona jurídica. Irrelevantes en el sentido

de que la responsabilidad penal de la corporación viene dada por hechos ajenos y la práctica de diligencias probatorias para desvirtuar el delito, en este punto lineal del proceso, no procede porque ya está juzgado con antelación respecto de la persona física.

En conclusión, en el sistema vicarial el objeto del proceso penal en contra de las corporaciones no es algún hecho penalmente relevante realizado por la persona jurídica sino que el objeto de verificación lo constituyen tanto los hechos de referencia propios de la persona física como los hechos internos propios de la persona jurídica como si fueran independientes uno del otro. La persona jurídica no realiza ningún hecho objeto de análisis o verificación que determinen su responsabilidad porque ésta viene determinada por la responsabilidad individual de quien cometió el delito⁹⁵. Es decir, la conducta de la corporación no son *thema probandi* ni *thema decidendi* del proceso penal que se sigue en contra de la persona física ni del posterior proceso en contra de la persona jurídica.

B. La persona jurídica como parte procesal

La responsabilidad penal de la persona jurídica en un Estado de derecho garantiza la capacidad del sistema jurídico para admitirla como parte procesal con todos los derechos similares a los establecidos para las personas individuales. El reconocimiento del estatus de legitimado pasivo conlleva una acreditación para el ejercicio legítimo de los derechos y garantías que abarcan la institución fundamental de la tutela judicial efectiva, entre ella, el derecho de defensa que le permitirá desvirtuar las pretensiones penales que se dirijan contra ella por parte de la fiscalía.

95.- GASTON INCHUASTI, F. (2012: 37). Dice el autor que solo en los procesos cuyo modelo de imputación es por una de las formas de hecho propio "...los hechos de referencia, en el enjuiciamiento de la empresa o asociación, no son solo *thema probandi*, sino también *thema decidendi*; es decir, forman parte del objeto del proceso y han de ser objeto de enjuiciamiento directo..."

Recordemos que la persona jurídica es titular de derechos fundamentales y tiene la calidad de sujeto imputable de la comisión de un delito por lo que debe cumplir con ciertos presupuestos que aunque la ley penal no los determine expresamente se los puede deducir de los principios generales y de lo establecido en el Artículo 49 COIP. Si Artículo 440 COIP considera a la persona jurídica como persona que puede ser procesada es porque reconoce y le otorga el estatus de parte procesal legitimada para el ejercicio de los derechos procesales al mismo nivel de la persona física, comenzando con el derecho a la representación legítima, a la carga informativa de la imputación y a los derechos que le asisten desde el inicio del proceso.

En la experiencia española, antes de las reformas de la LO 1/2015, reinaba cierta confusión en la Fiscalía General en el sentido de que el modelo vicarial permitiría en forma legítima prescindir del ejercicio de ciertos derechos procesales a las personas jurídicas. La STS 221/2016 del 16 de marzo tuvo que ser muy precisa y concluyente cuando ratifico el principio de que la declaración de culpabilidad de una persona jurídica se lo debe hacer luego de un proceso en el que se haya respetado todas las garantías procesales, sin importar el modelo vicarial, que no autoriza a desconocerlas porque se desparrama el poder punitivo del Estado sin justificación ni legitimidad alguna⁹⁶.

96.- ESPAÑA. SENTENCIA Nº 221/2016 DE TS, SALA 2ª, DE LO PENAL, 16 DE MARZO DE 2016. Dice textualmente "...Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado...". Recuperado del sitio <https://supremo.vlex.es/vid/631536907>

Más allá del aspecto formal de la investigación o imputación procesal como las citaciones, notificaciones, inmediatez, etc., reviste trascendental importancia los aspectos de carácter material. Esto es, que la imputación penal se refiera a un delito tipificado para las corporaciones, que sea además un delito cometido por una persona física administradora, dueña, socia, empleada común y hasta un tercero vinculado, y que haya reportado beneficio a la persona jurídica. El criterio de imputación adoptado por el modelo vicarial extremo del Artículo 49 COIP contiene una condición determinante como es la previa responsabilidad de la persona física.

C. Personas jurídicas de derecho privado

La primera acción procesal a ejecutarse es la verificación de si corporación es una persona jurídica de derecho privado. El COIP no proporciona una definición de lo que deberíamos entender como persona jurídica para efectos de la aplicación del Artículo 49 del COIP. Esta laguna nos remite a sistematizar una interpretación entendiendo como aquella a las sociedades o corporaciones de carácter civil y mercantil. Evidentemente y de acuerdo con la definición del Código Civil una persona jurídica es tal si es reconocida por el poder público mediante la expedición de una ley o resolución administrativa. En la parte anterior señalamos con detalle cuales eran los organismos públicos y las normas jurídicas que rigen la creación de personas jurídicas de derecho privado en el Ecuador⁹⁷.

97.- LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS, "...Ley No. 0, Registro Oficial Suplemento 162 de 31 de Marzo del 2010, Arts. 15 y 16. El Artículo 567 del Código Civil, Artículo 1 del, Artículo 1 de Reglamento de personas jurídicas sin fines de lucro norma: Decreto Ejecutivo 3054, Registro Oficial 660 del 11 de Septiembre de 2002; Reglamento de personas jurídicas sin fines de lucro. Decreto Ejecutivo 3054, publicado en el Registro Oficial 660 del 11 de Septiembre de 2002;; la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema financiero publicada en el Registro Oficial 250 de 23-ene-2001; Para el caso de los partidos políticos entran a formar parte de los sujetos de responsabilidad penal porque el Artículo 313 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República

Es decir, deben contar con la correspondiente resolución, acuerdo, decreto expedido por las autoridades administrativas competentes como norma habilitadora que acredita objetivamente su existencia como persona jurídica de derecho privado a partir de la habilitación mediante acto administrativo.

D. Que no sean organizaciones criminales

Un referente importante en este tema es la legislación española. De ella hemos escogido la fundamentada opinión de la Fiscalía General. La Circular 1/2016 F.G estima que el castigo penal a la persona física no es suficiente para proteger los bienes jurídicos tutelados ni sirve para anular en buena medida los riesgos de afectación cuando esa pena vienen a consecuencia de un delito cometido en el marco del funcionamiento de la persona jurídica. Las razones estriban en que la fuente del daño y de los riesgos, que es la corporación, no resultan afectados por la sanción impuesta a la persona física, por lo que se torna necesario, además por razones político criminales, extender la responsabilidad penal a las personas jurídicas como complemento y no como medio de eludir las responsabilidades de los individuos.

del Ecuador, Código de la Democracia, establece como requisito previo la inscripción formal realizada por el Consejo Nacional Electoral a consecuencia de lo cual adquiere el estatus de persona jurídica. Las asociaciones de trabajadores, sindicatos, cooperativas, y otras contempladas en el Código de Trabajo, Artículo 442, son personas jurídicas por resolución expedida por la Dirección Regional del Trabajo, dependencia del Ministerio de Trabajo. Las compañías de economía mixta, es decir aquellas en las entidades del Estado tienen una participación única o mayoritaria, según lo dispuesto por el agregado al Artículo 300 de la Ley de Compañías se someterán a lo dispuesto a la Ley de Empresas Públicas, Artículo 1, es decir, se consideran personas jurídicas públicas. Las compañías en las que tienen participación minoritaria las entidades del Estado se registrarán por la ley de Compañías como personas jurídicas de carácter privado...". El Sistema Unificado de Información de Organizaciones Sociales cuyo reglamento fue expedido mediante Decreto Ejecutivo 739 publicado en el Registro Oficial 570 de 21-ago.-2015 fue derogado por el Decreto ejecutivo N. 193, publicado en el Registro Oficial Suplemento N°. 100 del 27 de octubre del 2017.

Se pretende responsabilidad autónoma, pero este sistema se aplica a las sociedades que operan con normalidad en cuyo seno pueden cometerse delitos. Pero existen otras agrupaciones que han sido creadas y organizadas para la comisión de conductas delictivas. Con ellas basta el reproche punitivo a las personas físicas, multa y otras sanciones, para que se cumplan las expectativas del ordenamiento jurídico debido a la inexistente y simulada estructura organizativa. Estas sociedades de pantalla creadas para ocultar, disimular y dificultar la investigación de las actividades ilícitas son objetos instrumentalizados carentes de una existencia real o de un sustrato material, como denomina la Circular. Estos entes de mera fachada no tienen la condición ni pueden ser calificadas como personas jurídicas imputables penalmente "...de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente..."⁹⁸

Dice Adán Nieto,⁹⁹ que al igual de las personas físicas existen personas inimputables penalmente como las denominadas empresas de fachada que, como anotamos, son asociaciones creadas para cometer conductas de relevancia penal cuyas actividades comerciales, sociales o culturales tienen visos de funcionalidad normal aparente. A las mismas se las disuelve o se las clausura como consecuencia de la imposición de una pena accesoria a la impuesta a las personas físicas responsables del delito, como expresión de desapoderamiento de los instrumentos con los que cometió el ilícito.

Pero en el modelo español vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la clasificación que hace la Circular 1/2016

98.- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. ESPAÑA. CIRCULAR 1/2016, SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA 1/201. Recuperado <http://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf>

99.- NIETO MARTIN, A. (2013: 45):

FG en corporaciones imputables e inimputables reviste trascendental importancia porque de su estructura y funcionamiento depende la atribución de la responsabilidad penal en la medida que demuestre la adopción de medidas de control y vigilancia a las que estaba obligada por el ordenamiento jurídico, dado que el fundamento de la responsabilidad colectiva radica en la deficiente estructura organizacional. Pero en el caso ecuatoriano el modelo de transferencia adoptado desestima la importancia procesal que tiene el hecho de que una persona jurídica sea de fachada o sea instrumentalizada para la comisión de delitos. Si en la legislación española la calidad de inimputable asumida por una corporación de fachada conlleva a la disolución de facto. En nuestro país no existe normativa y dudo que la definición de inimputabilidad en el COIP sea aplicable a las personas jurídicas dado el contenido esencialmente individualizado que tiene.

Verificada la existencia del delito, el proceso penal en el COIP se activa el procedimiento con tratamiento igual y no diferenciado tanto para personas jurídicas de fachada como para las corporaciones inmersas en el tráfico comercial o social con el establecimiento de penas de multa, clausura o extinción de acuerdo al Artículo 325 del COIP. En este mismo sentido prescribe el Artículo 317 y 318 del COIP relativo al delito de lavado de activos en el que la creación o utilización de empresas o sociedades legalmente constituidas, públicas o privadas, agravan la pena y la consecuencia adicional de "...disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito, de ser el caso...".

Esta última frase nos remite a pensar que ni las empresas o sociedades de fachada tienen como pena directa o determinante su disolución o inexistencia, sino que eventualmente puede ser objeto de multa, clausura y la extinción "de ser el caso", aspecto que supone el arranque de un proceso de incriminación penal en contra del ente colectivo y no una simple verificación previa de la fiscalía. Más allá de esta situación excepcional, no cabe la preocupación de diferenciar entre personas jurídicas de facha-

da y los que sí realizan actividades autorizadas, que en el caso de España la tiene solucionada con la regla del Código penal español, Artículo 66, relativo a establecer una guía de identificación de la persona jurídica instrumentalizada para la comisión de delitos: "...se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal..."¹⁰⁰ lo que supone un previo ejercicio de ponderación que no se encuentra especificado en la norma jurídica ecuatoriana.

En conclusión, en nuestra legislación las condiciones de imputabilidad o inimputabilidad de la persona jurídica previo a un proceso penal en su contra no tiene relevancia porque de ser así no enfrentaríamos un juicio de habilitación de un legitimado pasivo sino un juicio de atribución para la responsabilidad penal.

E. Que no sean personas jurídicas de derecho público.

El Artículo 49 COIP en forma directa excluye del régimen de responsabilidad penal a las personas jurídicas de derecho público. Como ya hemos revisado, estas corporaciones pertenecen al sector público de acuerdo a lo establecido tanto en el Artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, Ley s/n, publicada en el Registro oficial Suplemento No. 48 del 16 de octubre del 2009. De acuerdo al Artículo 225 de la Constitución el sector público está conformado por: 1. Por todos los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

100.- Código Penal español. Ver en internet <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Última consulta el 14 de abril del 2017, a las 18h20.

Sabemos que por disposición constitucional del Artículo 315 CRE el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Las empresas públicas; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión. Además la ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Bajo este contexto las empresas mixtas adquieren la calidad de públicas por determinación de la ley y estarán exentas de acciones que pretendan determinar algún tipo de responsabilidad penal. Debemos de tener en cuenta a las personas jurídicas que sin tener la calidad de empresas han sido conformadas como entes con personalidad jurídica para el ejercicio y cumplimiento de los fines del Estado constantes en el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE. Decreto Ejecutivo 2428 Registro Oficial 536 de 18-mar.-2002 y de los diversos Estatutos que rigen con las mismas finalidades las personas jurídicas que se conforman en los poderes Judicial, electoral, Legislativo, Control Ciudadano, electoral, Superintendencias, etc. que estarían excluidas por igual motivo.

Para el caso de los consorcios, de manera similar el Artículo 34 de la Ley de Empresas Públicas faculta a las Empresas públicas la suscripción de contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, que no son sino asociaciones de empresas públicas con las privadas para la colaboración o prestaciones mutuas en el emprendimiento de un negocio específico y particular que no origina la creación de una persona jurídica nueva, sino que será el convenio asociativo el que determine los aspectos de responsabilidad penal. En este caso la única persona jurídica a la que se

le puede imputar penalmente será la constituida con el carácter privada. La persona publica que conforma la asociación o consorcio podrá tener a lo mucho una responsabilidad civil si es que el contrato no determina otro régimen.

La redacción del Artículo 49 COIP descarta que las empresas públicas extranjeras sean imputables penalmente cuando actúen en forma individual o asociadas a otras corporaciones, algo que me parece muy inapropiado e ineficiente si de controlar o disminuir la criminalidad de los entes corporativos se trata.

En relación con las empresas incautadas por la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) se mantenía la duda de si el estatus societario de las mismas migraba hacia lo público. Sin embargo, en la misma Ley Orgánica de Empresas Públicas, disposición transitoria primera, estas corporaciones conservan su naturaleza jurídica privada hasta cuando no se conviertan en empresas públicas de acuerdo con la ley.

Para las empresas e industrias regentadas por las Fuerzas Armadas y Policía Nacional la misma ley dispuso, Transitoria Tercera, un proceso de conversión dirigido a constituirse en empresas publicas regidas por la Ley Orgánica de Empresas Publicas, situación en la que de darse los presupuestos facticos de comisión de un delito no se constituyen en sujetos procesales idóneos para iniciar en contra de ellas proceso penal alguno.

F. En relación a las personas jurídicas extranjeras

En el hipotético caso de que, a consecuencia de conductas ilícitas cometidas en el seno de una persona jurídica extranjera, el Estado decida intervenir comprando o expropiando el capital mayoritario de la Empresa, sea por razones de índole social ante una quiebra segura o frente a futuros perjuicios que el manejo privado de la empresa pueda ocasionar a los ciudadanos depositantes, por ejemplo, la persecución penal posterior a la compra del Estado o posterior al acto de nacionalización de la persona

jurídica privada, por delitos cometidos en la misma, no podría verificarse. Esto en razón a que el estatus de la persona jurídica privada ha cambiado a pública, aspecto por el cual de acuerdo al Artículo 49 del COIP no podría dar inicio a un proceso penal en su contra.

El estatus de persona jurídica pública sí es un condicionante que impide el inicio de un proceso penal en contra, hecho estatuido en razón de que el Estado no se puede sancionar a sí mismo porque la pena en caso de ser una multa pecuniaria terminaría pagando el contribuyente y el ciudadano común aspecto con el que el efecto preventivo de la pena se diluye. La pena que disminuya o anule las actividades de una empresa o persona jurídica publica terminaría causando un grave perjuicio a los ciudadanos que en último término se constituirían en perjudicados por la extinción o la clausura de un ente que proporciona servicios públicos cuyas prestaciones no pueden dejar de percibirse ni tampoco interrumpirse.

Ahora, ¿a quiénes se considera personas jurídicas extranjeras en nuestra legislación? De acuerdo a la última codificación a la Ley de Compañías las empresas extranjeras que operen en el Ecuador deberán registrarse en la Superintendencia de Compañías y valores cuya máxima autoridad ejercerá el control sobre las mismas, incluso sobre los consorcios que se formen entre ella o con personas jurídicas de derecho privado o público nacionales (Artículos 431, 432, 433 de la Ley de Compañías). La Superintendencia autorizará la inscripción de las compañías extranjeras en el Registro de Sociedades previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma ley. De modo que si una compañía extranjera sobre la que se pretenda una imputación penal no está registrada en la Superintendencia no sería un legitimado activo en un proceso penal en su contra porque carecería de tal calidad ante la autoridad competente. Tampoco implica reconocer por derivación jurídica que si una corporación no reúne los requisitos de persona jurídica extranjera podía considerarse

como persona jurídica nacional para los efectos de un proceso penal en su contra.

1. La representación de la persona jurídica

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO¹⁰¹ decía que "...como una persona jurídica constituye una ficción, su presencia en el proceso será virtual, si bien su declaración en fase de instrucción y juicio habrá de prestarse por un representante que encarne su capacidad de comunicación, para contestar las preguntas, o guardar silencio...". Pero precisamente al tratarse de una ficción jurídica la "humanización" u "hominización" se hace necesaria porque siempre se requerirá o un referente humano para la legitimación de las diversas diligencias judiciales en aquellos procesos¹⁰².

El Artículo 441 del COIP reconoce la calidad de procesado a la persona jurídica, entendida y considerada como un sujeto capaz de soportar el gravamen de una imputación penal por parte del Estado, bajo la condición de ser sujeto pasivo en contra de quien el fiscal realiza la correspondiente formulación de cargos. En tal condición la misma normativa provee a la persona jurídica de la

101.- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. (2010:11). "La responsabilidad penal de las personas

jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma del 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor". En Diario la Ley, N. 7505, Sección Doctrina, 3 de noviembre 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

102.- DEL MORAL GARCIA, A. (2010). Textualmente dice "...Pero siempre sería necesario un referente individual de la persona jurídica para asumir las cargas que comporta el estatus de imputado: la comparecencia judicial para la imputación; la presencia física en el acto del juicio oral; la declaración en nombre de la persona jurídica; el uso del derecho a la última palabra; la presencia para la articulación de prueba anticipada (Artículo 448 de la LECrim) o para una inspección ocular (Artículo 333 de la LECrim); la exteriorización verbal y formal de una conformidad... Quedarían excepcionadas aquellas medidas que se ligan al imputado como tal y que suponen una injerencia o limitación de derechos solo justificable por tratarse de un posible responsable penal: obligación de comparecencias apud acta como medida cautelar; declaración de rebeldía..."

potestad de ejercicio de todos los derechos que le reconoce la CRE, los instrumentos internacionales de Derechos humanos, el COIP y los fallos antes comentados, de la Corte Constitucional, dada su peculiar naturaleza y condición de *fictio iuris*¹⁰³. Por tanto, es un sujeto con capacidad procesal plena para comparecer en el proceso sea como víctima o como procesado.

Los problemas vienen dados con el tipo de persona física que lo representaría en un contexto de inexistencia de norma expresa que regule la representación. Este vacío podría ser cubierto en la medida en que las posibilidades de presentación de intereses contradictorios puedan permitir la utilización de los mismos mecanismos de representación estatuidos para las personas jurídicas en materia civil o en materia penal, especialmente en el caso previsto de cuando las corporaciones comparecen al proceso penal en calidad de víctimas, generalmente representada por su gerente o representante legal debidamente registrado ante las autoridades correspondientes.

Por tanto, la persona jurídica como sujeto pasivo legitimado puede ejercer su derecho a la defensa a través de una persona física que lo represente. Además, puede comparecer al proceso en conjunción con la persona natural presuntamente autora de la infracción penal sin cuya presencia no cabría la posibilidad procesal del juzgamiento de la corporación. El derecho a la defensa se concreta en la intervención en todas las diligencias procesales en la calidad de persona imputada, diferente de la persona física también procesada, con la que pueden existir intereses en conflicto. Esto en parte debido a que, según la catedrática **MARÍA RENEDO ARENAL**, "...será importante determinar quién

103.- En España todos los Derechos Fundamentales procesales constantes en el Arts. 24, La Ley 2500/1978 y Artículo 10 CE (LA LEY 2500/1978) son aplicables a la persona jurídica procesada. La sentencia 23/1989 del 2 de febrero reconoce que las personas jurídicas son titulares del derecho de igualdad ante la ley. La Circular 1/2011 (LA LEY 335/2011) reconoce por igual la titularidad de las personas jurídicas de todos los Derechos Fundamentales reconocidos a la persona física procesada. De manera similar se encuentra en la STS 514/2015, de 2 de septiembre (LA LEY 126066/2015).

será la persona física que actúe en nombre de la persona jurídica, no como simple mandataria sino como sujeto procesal subrogado para el ejercicio de los derechos que le asisten..."¹⁰⁴

En relación con las reglas aplicables a las audiencias, el Artículo 563, núm. 10 del COIP permite que los sujetos procesales intervengan por si mismos o a través de sus defensores, sin perjuicio de su derecho a estar representada sea por su representante legal o por el representante que elijan los órganos de administración de la persona jurídica. Alguien debe estar facultado para contestar los interrogatorios, realizar preguntas e incluso acogerse al derecho constitucional al silencio¹⁰⁵.

Nuestra legislación no contempla un cambio del representante de la persona jurídica durante el proceso. No obstante, dada la naturaleza del compareciente, que es un mandatario, el mandante puede sustituirlo en cualquier momento atendiendo a varias circunstancias entre las que pueden estar aquellas orientadas a precautelar los intereses de la persona jurídica cuando la intervención del anterior representante fuere desviada o parcializada, o el representante por la dinámica del proceso se convierta, además de imputado, en un testigo clave¹⁰⁶. (La revocatoria del mandato es una figura contemplada en el Artículo 2067, núm. 3

104.- RENEDO ARENAL, M. (2017:103). "La imputación de la persona jurídica". En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi.

105.- RODRIGUEZ TIRADO, A.M. (2017:140). "La determinación de la persona jurídica procesada ¿y de los entes sin personalidad jurídica ¿Determinación del proceso penal aplicable? En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi. La autora menciona que siempre "...las normas reguladoras de las fundaciones, asociaciones y sociedades establecen reglas relativas a la administración y representación de tales entes sociales...puede variar el número, la forma de designación, unipersonal o colegiado, de la administración o de la forma de gestión del mismo. Incluso, se añaden normas relativas al cese de administradores, o la conversión..."

106.- RENEDO ARENAL, M. (2017:103-104). Igual destaca que "...quien pueda llegar a ser llamado como testigo no puede ser representante de la entidad; o, al contrario, es

del Código Civil). De permitirse esta situación ambigua la violación al derecho de defensa de la corporación es incuestionable. Sin embargo, de acuerdo con la experiencia de otras legislaciones, especialmente las europeas, el cambio de representante de la persona jurídica se produce, entre otras posibilidades, por la imputación posterior del representante a quien la Fiscalía le formula cargos como persona natural por estar vinculado al ilícito que se investiga. Su comparecencia no podría realizarse en las calidades de imputado y de representante de la persona jurídica porque evidentemente su intervención estaría parcializada hacia obtener beneficios procesales en perjuicio del ente corporativo.

Una intervención del representante en contra de la persona jurídica, de la que es representante en el proceso, caería dentro de la prohibición de la autoincriminación y podrían dar lugar a la nulidad del proceso porque afecta el derecho a la defensa y a los principios fundamentales del debido proceso, posibilidad que se encuentra regulada en el Artículo 652, núm. 10, literal c) y en el irrespeto a las reglas del Artículo 507 COIP¹⁰⁷.

En lo referente al estatus procesal del representante en el proceso penal sin dudas le corresponde al sitio del procesado y sus declaraciones deberán entenderse que lo hace no a título personal sino en nombre de la persona jurídica con todos los efectos jurídicos que conlleva la aceptación o el rechazo a los hechos que se le imputa a ésta. En el fondo, no es un procesado porque no es a él a quien se le imputa la comisión del delito sino a su representada. No obstante, las consecuencias de su inter-

decir, que no pueda declarar como testigo el que haya sido representante de la persona jurídica...”

107.- RENEDO ARENAL, M. (2017:103). La autora es consciente del papel contradictorio que en determinado momento podría desempeñar el representante legal de la persona jurídica imputada porque “...en principio, parece claro, que este rol no tiene por qué que asumirlo el representante legal que, en muchos casos, será llamado también al proceso como imputado pudiendo surgir un conflicto de intereses defensivos, de manera que cuando esto suceda dicho representante no podrá asumir por subrogación, la posición procesal de la persona jurídica...”

vención pueden resultar definitivas y determinantes a la hora de establecer la responsabilidad penal de la corporación. Comparece porque representa a la persona jurídica materializada en la persona física, los actos procesales del representante son los de la corporación.

De acuerdo con el Artículo 507 COIP el testimonio del representante, cabeza visible de la corporación, no podrá ser usado en su contra, sino que es un medio de defensa. Es decir, las declaraciones que realice el representante no puede ser el fundamento ni el sustento ni de la acusación fiscal y ni de la condena judicial. El representante no podrá ser obligado a rendir su testimonio en el proceso. Si decide voluntariamente hacerlo lo hará sin juramento o promesa de decir la verdad y con la presencia obligatoria del abogado defensor quien lo asesorará.

Si el representante corporativo es llamado a rendir la versión en la fiscalía su comparecencia deberá caracterizarse por la ausencia de coacción física o psicológica. No se le podrá hacerle ofertas o promesas para obtener su confesión, más aún en los asuntos o hechos que puedan acarrearle responsabilidad penal. Aun en el peor escenario de que el representante de la persona jurídica reconozca la responsabilidad penal del hecho que se investiga la fiscalía deberá obligatoriamente presentar sus propias pruebas que acrediten tanto la existencia del delito como la responsabilidad de la corporación. Es decir, la confesión no libera la carga de la demostración de los elementos probatorios de cargo por parte de la fiscalía.

¿Puede el representante ser llamado a declarar en calidad de testigo, sea de la fiscalía o de la defensa, en el mismo proceso? La lógica nos dice que no. Se vulneraría garantías procesales fundamentales como el derecho a guardar silencio y existiría un déficit de respeto al principio de la prohibición de la autoincriminación. Es evidente pensar que de permitirse esta posibilidad la Fiscalía estaría en posibilidad de exigir, incluso con el uso de la fuerza pública, la comparecencia obligada en calidad de

testigo y declarar bajo juramento sobre aspectos que como representante de la persona jurídica no estaría en condiciones de ni siquiera comparecer. No existe normativa al respecto, pero no cabría el desdoblamiento ni las dobles calidades de testigo y de representante dado el peligro de violentar principios y garantías procesales al enfrentarse a la posibilidad de que se produzca informaciones contradictorias de la misma fuente con la que se pretenda responsabilizar penalmente a quien representa el testigo, lo que podría constituirse en un posible caso de fraude procesal tipificado en el Artículo 272 COIP.

El testigo tiene la obligación bajo juramento de decir la verdad. El procesado lo hace sin juramento. La situación es confusa que podría darse cuando el Fiscal llama como testigo a quien la persona jurídica lo convoca o lo designa como su representante en el proceso. Aceptar la posibilidad de ser testigo desecha la posibilidad de comparecer como representante de la persona jurídica. Y a la inversa. Aceptar la representación de la persona jurídica viene a constituirse no un acto voluntario de rechazo a la condición de testigo, sino a una condición de imputado revestido de todas las garantías del debido proceso. Al menos, ante el vacío de la ley, la persona física no tendría por qué soportar la posibilidad de un veto por parte del juez de su decisión de ser representante de la corporación y no un testigo, porque las dos condiciones no pueden darse en una misma persona. Un sinsentido de la comparecencia de la persona jurídica como testigo en el proceso puede producirse considerando que, dado el sistema vicarial extremo que el Artículo 49 COIP ha adoptado, la responsabilidad penal de la persona física se transfiere a la persona jurídica que ha participado como testigo en el juicio que responsabiliza a la persona física.

2. La atribución de un hecho punible a la persona jurídica

El cambio de paradigma en la legislación penal ecuatoriana, que contempla la posibilidad de procesar criminalmente a una corporación, recrea varios presupuestos que deben tenerse muy

en cuenta. Uno de ellos, y quizá el más importante, supone que el proceso penal iniciado en contra de la persona física autora material del delito debe terminar con la declaratoria de la responsabilidad de la misma, de haber mérito para ello. Una vez encontrado culpable al individuo, esta culpabilidad se traslada a la persona jurídica previa la verificación del cumplimiento de las otras condiciones exigidas por el Artículo 49 COIP: existencia del nexo laboral o funcional de la persona física y la existencia del beneficio para la corporación, la calidad de persona de derecho privado y que el delito sea de los que están establecidos como exclusivos para la persona jurídica. Lo recomendable debería ser que el proceso penal se inicie en contra de la persona física y en contra de la persona jurídica, esta situación garantizaría el goce de todas las prerrogativas que tiene como sujeto procesal.

Si la persona física imputada es encontrada inocente entonces en ningún caso cabe la posibilidad, en nuestro sistema, de declararle culpable únicamente a la persona jurídica. El presupuesto previo y trascendental para la culpabilidad de la persona jurídica es la culpabilidad de la persona natural. Al igual que la persona física, la persona jurídica debió participar en el proceso penal como parte procesal.

De no comparecer desde el inicio en el proceso penal el traslado de la responsabilidad sería un simple acto de responsabilidad objetiva porque no reconocería el derecho al debido proceso y al principio de culpabilidad penal. Participar en el proceso implica legitimarse como parte procesal autónoma a través de su representante, persona física, designado por la misma corporación cuya actuación representa y compromete a la persona jurídica.

En el proceso penal, la persona física ejercerá su legítimo derecho a la defensa para desvirtuar el cumplimiento de los presupuestos descritos anteriormente o demostrar que no tiene la capacidad para ser parte procesal, como, por ejemplo, que no es una persona jurídica privada sino pública, o que se trata de una agrupación de hecho. Aspectos de fundamento que el juez

tendrá en cuenta a la hora de derivar la responsabilidad del individuo hacia la persona jurídica.

En este sentido, caben varias posibilidades. Se puede demostrar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona física. Y si además se verifican la existencia de los presupuestos de imputación entonces la persona jurídica será responsable del delito. Si no existen estos presupuestos imputables a la corporación, el único responsable será la persona física.

Otra posibilidad es que exista el delito y no la responsabilidad del individuo, sea por la causa que fuere. De darse este caso, sería imposible jurídicamente responsabilizar a la persona jurídica, porque la primera es fundamento de la segunda. Esto porque el Artículo 49 COIP no exige la comisión de un delito a la persona jurídica sino, por el contrario, es el delito cometido por la persona física y la responsabilidad declarada en sentencia el presupuesto traslativo de la responsabilidad penal hacia la persona jurídica.

El Artículo 31 literal a) del Código Penal español tiene una disposición muy parecida sobre la que muchos juristas han concluido que se trata de un auténtico modelo vicarial respecto del cual la misma Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, se ha pronunciado en este sentido cuando dice que "...es en este estadio donde deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otro..."¹⁰⁸

108.- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. ESPAÑA. CIRCULAR 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la

G. La citación y notificación

La citación y la notificación en nuestro ordenamiento jurídico penal no tienen la relevancia que en códigos anteriores la tuvieron en el ámbito procesal. El COIP casi no las diferencia, pero resalta el papel más activo de la notificación para las decisiones judiciales importantes como mecanismo cognitivo a favor del procesado. Según el Artículo 435 COIP la citación es un medio o instrumento a través del cual el imputado conoce el contenido de la acusación particular interpuesta por la víctima en contra del procesado. La notificación, en cambio, regulada por el Artículo 575 COIP, es un acto judicial por el cual las partes procesales, testigos, peritos y demás personas, tienen conocimiento por escrito de la realización de una audiencia o acto especial en el que intervendrán. Además, se notifican de forma oral los autos definitivos que se tomen en las audiencias a las que han asistido previa notificación. El resto de las providencias, sentencias y resoluciones se notificarán en los casilleros electrónicos que tengan las partes señalados o se los hará por escrito.

La notificación de la audiencia de formulación de cargos que la Fiscalía decida realizar en contra de la persona jurídica deberá ser notificada en el domicilio principal que tenga señalada en la Superintendencia de Compañías en cumplimiento de prescrito en el Artículo 20 de la Ley de Compañías. El Artículo 4 de la Codificación establece que el domicilio de la compañía estará en el lugar que señale los estatutos sociales y si tuvieren sucursales, los lugares en que funcionen éstas o éstos se considerarán como domicilio de tales compañías para los efectos judiciales o extrajudiciales derivados de los actos o contratos realizados por los mismos.

El Artículo 6 de la misma ley igualmente dispone que toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajera obligación reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015. Ver en internet <http://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf> ultima consulta el 5/23/2017.

nes en el Ecuador deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas. Si las actividades que una compañía extranjera va a ejercer en el Ecuador consisten en la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, deberán domiciliarse en el Ecuador antes de la celebración del contrato correspondiente, so pena de la nulidad del mismo.

El resto de organizaciones jurídicas sin finalidades de lucro deben registrar sus domicilios en el Sistema Unificado de Información de Organizaciones Sociales cuyo reglamento fue expedido mediante Decreto Ejecutivo 739 publicado en el Registro Oficial 570 de 21-ago.-2015 y derogado por el actual Reglamento para el Otorgamiento de la Personalidad Jurídica a las Organizaciones Sociales expedido mediante Decreto Ejecutivo N. 193, publicado en el Registro Oficial Suplemento N.100 del 27 de octubre del 2017, al igual que los nombres de sus representantes legales. Con esta información el coordinador de la unidad judicial podrá establecer el lugar y la persona que deberá recibir la notificación de la realización de la formulación de cargos en contra de la persona jurídica si es que ésta no ha registrado un casillero para los mismos efectos.

En conclusión, en el Ecuador y en muchos países del mundo¹⁰⁹ la persona jurídica deberá comparecer con el representante legal, de hecho, o designado para esta finalidad por los órganos de la misma persona jurídica, acompañado de su abogado defensor. En caso de que se desconozca el domicilio o no se encuentre registrado el mismo; o la persona jurídica no designa un representante que comparezca a nombre de ella en el inicio

109.-En España, Francia, Italia comparece el representante legal. En Holanda comparece el administrador u otro miembro. En Suiza es la persona jurídica la obligada a designar un representante para el caso específico. No necesariamente debe comparecer por el representante legal. Ver más en la tesis doctoral de Jordi Gimeno Beví. El proceso penal de las personas jurídicas. Toledo, 2014. Universidad de Castilla de la Mancha.

del proceso, entonces de acuerdo al Artículo 452 COIP el juez designara un defensor público que deberá ser previamente notificado para evitar que el ente corporativo se mantenga en un estado de indefensión. No se descarta la posibilidad de que si bien es cierto que la Defensoría Pública suple la carencia de un defensor designado por la propia corporación no es menos cierto que podría darse un caso de indefensión cuando no existe un representante designado que comparezca en nombre de la persona jurídica. No vemos otra salida que tomar la medida cautelar de Intervención por parte del ente público competente para que en ejercicio de su potestad designe un representante y de este modo ejercer a plenitud el derecho de defensa. Claro, que después de la realización de la audiencia de formulación de cargos.

1. Notificación e inicio del proceso penal

Habíamos puesto de relieve la imperceptible diferenciación que hace el COIP de la citación con la notificación para los efectos del conocimiento que la persona jurídica debe tener de la imputación de la comisión de un delito.

De acuerdo con el Artículo 194 de la CRE la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único, indivisible y autónomo que actúa con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso. Dirige de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas y que de hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal, establece el Artículo 195 CRE. En esta misma línea el Artículo 441 del COIP prescribe que la Fiscalía dirige la investigación pre procesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso.

Evidentemente que la notificación con el inicio del proceso penal debe ser realizada bajo las reglas establecidas para las personas naturales, en la medida de lo aplicable, en razón del lugar, tiempo y del representante. En este punto cabe realizar la siguiente pregunta: ¿En nuestro sistema vicarial extremo es factible la notificación a la persona jurídica con la realización de la audiencia de formulación de cargos en su contra?

Definitivamente no. El modelo de responsabilidad vicarial presupone una responsabilidad corporativa que se deriva de una previa declaración de responsabilidad de la persona física. La persona jurídica no comparece al proceso en calidad de imputada o procesada porque su suerte está determinada por la suerte de la persona individual, de tal forma que la inocencia de la persona física deriva inobjetablemente en la inocencia de la persona jurídica. El inicio del proceso penal a través de la audiencia de formulación de cargos en contra de la persona natural no exige la comparecencia de la persona jurídica en calidad de procesado.

El modelo vicarial presupone un juicio penal en contra de la persona física con el objeto de determinar la existencia del delito que se le imputa y la responsabilidad como procesado. No se analiza el comportamiento de la persona jurídica porque es un sistema de responsabilidad derivada. La corporación será responsable penalmente una vez que existan los cinco presupuestos, ya antes analizados, y que son: que se trata de una persona jurídica y no de hecho, que se trata de una persona jurídica de carácter privado y no público sentencia ejecutoriada que determine la responsabilidad penal de la persona física, la calidad de funcionario, empleado, socio, dueño y hasta tercero contratista, y finalmente el reporte del beneficio obtenido por la corporación.

El mecanismo para la determinación de la condición punible de la persona jurídica podría ejecutarse mediante dos procedimientos que no están determinados en la ley procesal, pero que pueden inferirse:

A.- Solo la persona física infractora es parte procesal y que no comparezca la persona jurídica (lo denominamos monismo procesal). En este caso el Fiscal está en la obligación jurídica de actuar con objetividad y solicitar dentro del proceso la información pertinente sobre el estatus laboral o funcional que tenga el procesado en la corporación, y solicitar reportes, documentos financieros, certificados bancarios y comerciales que reposan en las instituciones públicas y privadas para determinar el beneficio obtenido por la corporación. La corporación podría cooperar con el esclarecimiento de la verdad proporcionando de manera voluntaria toda la documentación e información que posee en relación con el hecho suscitado. Al final del proceso, en el que comparece solo la persona física procesada, el Fiscal debe recopilar la información pertinente para sustentar o no la petición de condena a la persona jurídica aspecto sobre el cual el tribunal deberá acoger y condenar a la corporación conjuntamente con la persona física, si se cumplen los presupuestos de imputación penal. No se requiere otro proceso posterior en contra de la persona jurídica.

La audiencia de juzgamiento debe centrarse en torno a la determinación de la responsabilidad del procesado físico, que de haberla conllevaría la obligación del juez de garantías penales de condenar a la persona jurídica con una pena contemplada en el COIP, luego de un análisis de la información relacionada con los presupuestos antes anotados.

B.- Otra forma de viabilizar el procesamiento de la persona jurídica es iniciando un nuevo proceso exclusivo en contra de la persona jurídica sobre la base de la sentencia condenatoria y ejecutoriada de la persona individual (lo denominamos dualismo procesal). Deberá ser citada y notificada con el inicio de la instrucción fiscal etapa en la cual la corporación, en uso de las garantías del debido proceso al que tiene derecho, presentara todas las pruebas de descargo relacionada únicamente con los presupuestos de imputación establecidos

en la ley: ser persona jurídica de derecho privado, la relación funcional, laboral o contractual del individuo que ha sido condenado, y la demostración del beneficio obtenido producto de la infracción juzgada. Esta posibilidad presupone la no concurrencia al proceso penal iniciado en contra de la persona natural y la sentencia ejecutoriada de la responsabilidad de éste como requisito previo de procedibilidad. Este procedimiento, a comparación del primero, es el que, a mi parecer, garantiza un juicio más transparente.

De todas formas, el quebrantamiento al principio de culpabilidad es un vicio de enorme envergadura que muy difícilmente podrá ser justificado por razones de política criminal o por razones de emergencia social.

En el caso de dualismo procesal la administración de justicia debería tener en cuenta estas reglas de viabilidad en cuanto a la citación y notificación para el inicio del proceso penal en contra de la corporación:

- a.- En relación con el lugar, el Artículo 575 del COIP estatuye que las notificaciones para la realización de las audiencias deben ser realizadas en el casillero electrónico que el procesado tenga señalado y cuando haya constancia de que ha llegado al correo destinatario. La notificación de una providencia, como la de formulación de cargos, debe estar acompañada de documentos necesarios e importantes para el conocimiento y defensa de la persona jurídica procesada. En este caso la notificación se la realizará a través de una comunicación escrita que será entregada personalmente en el domicilio fijado por la persona jurídica.

Si no es posible realizar esta diligencia, se enviará la documentación y la providencia al casillero judicial físico que el procesado tenga señalado, caso contrario la notificación se la efectivizará mediante el uso del correo certificado convencional o de cualquier otro medio previsto en la ley. Realizada

la audiencia, los autos definitivos, deben ser notificados a las partes en la misma audiencia con el solo pronunciamiento del juez de garantías penales.

De acuerdo al Artículo 594 COIP, la notificación con la realización de la audiencia de formulación de cargos en el procedimiento ordinario debe realizarse al procesado por parte del juez de garantías penales dentro de veinticuatro horas de la petición del fiscal. Se señalará día y hora para la audiencia, la misma que deberá realizarse dentro de los cinco días posteriores a la solicitud, salvo los casos de flagrancia y se notificará a los sujetos procesales. El fiscal deberá agotar todos los medios necesarios que permitan identificar el domicilio del investigado.

Si a la audiencia de formulación de cargos no asiste el representante de la persona jurídica, pese a la constancia del agotamiento de los esfuerzos para localizar el domicilio de la persona jurídica realizado por el fiscal, se notificará a la Defensoría Pública para que designe un defensor público que la represente en la audiencia (Arts. 451 y 452 COIP) sin perjuicio de que en forma posterior la corporación designe su propio abogado defensor.

- b.- En relación con el tiempo, para la realización de las diligencias judiciales son hábiles todos los días y horas. La realización de las audiencias y en especialmente la audiencia de formulación de cargos puede realizarse en el horario judicial previsto o excepcionalmente fuera del horario judicial cuando las circunstancias así lo justifiquen. Para el caso de las audiencias por delitos flagrantes el horario disponible para la realización de las mismas son las veinte y cuatro horas del día, de acuerdo a los Arts. 573 del COIP.

Debemos tener en cuenta que las actuaciones correspondientes a la investigación pre procesal y procesal podrán realizarse en cualquier momento, por lo que son hábiles todos

los días y horas para ese efecto. Sin embargo, la convocatoria para la celebración de una audiencia deberá notificarse al menos con setenta y dos horas de anticipación a las partes, testigos, peritos y demás personas que intervendrán en la actuación, salvo en los casos de delitos flagrantes, según el Artículo 575.1 COIP pero que con nuestro sistema vicarial es imposible jurídicamente iniciar un proceso penal en contra de la persona jurídica por delito flagrante en vista de que esa audiencia se la realiza en contra de la persona física a quien se le procesará y responsabilizará de la infracción como paso previo al procesamiento de la corporación.

- c.- En las investigaciones fiscales debe constar el domicilio de la corporación y del representante legal avalado por la respectiva certificación del organismo competente de control de las corporaciones con el nombre del representante legal y de su domicilio para que sea notificado.
- d.- En relación con la pregunta sobre si las personas jurídicas cometen delitos flagrantes, dado el modelo de transferencia de responsabilidad que hemos adoptado, la conducta flagrante de la persona física es el presupuesto del inicio de la responsabilidad penal de la persona física. En nuestro sistema penal la situación de flagrancia de una conducta justifica una aprehensión inmediata del infractor por parte de la policía o de cualquier ciudadano, aspecto que concluye con la audiencia de formulación de cargos en contra de la persona que ha sido detenida dentro de las veinticuatro horas posteriores. Desde esta perspectiva la persona jurídica no podría estar en una situación de flagrancia dada la imposibilidad física y jurídica de ser aprehendida.

No olvidemos que en el modelo vicarial extremis adoptado, de la suerte que corra la persona física depende la persona jurídica, pero solo en el ámbito de la declaratoria de responsabilidad. No se verifica por la ocurrencia de los elementos facticos del delito de los que solo la persona física está en la

capacidad de cometerlos y que son los que fundamentan el juicio de responsabilidad de la persona física, tanto en lo que a flagrancia se refiere, como en el desarrollo normal de los acontecimientos. Los hechos facticos flagrantes no son ni el sustento, ni el presupuesto, ni son atribuibles, a la persona jurídica, sino únicamente a la persona física. La corporación procesalmente interviene después del proceso condenatorio del individuo infractor.

- e.- La formulación de cargos a la persona jurídica debe realizarse exclusivamente sobre la base de la sentencia ejecutoriada de la persona física y puede solicitar la imposición de medidas cautelares previstas en el Artículo 550 COIP, esto es, la clausura provisional, suspensión, intervención y la incautación, la inhabilitación o la destrucción de maquinaria pesada y la retención o inmovilización de fondos en casos de delitos de lavado de activos. Podrían parecer extemporáneas las medidas cautelares para los propósitos de su creación, pero el sistema no ofrece otras posibilidades de actuación sin violentar los derechos fundamentales de la corporación

H. Jurisdicción y competencia

La criminalidad corporativa es beneficiaria, si cabe el término, de ciertos escenarios de integración regional económica en donde su protagonismo tiene ribetes exponenciales y un marco de impunidad considerable dado el carácter internacional del marco de actuación. Tal es el caso de la Unión Europea¹¹⁰ donde la

110.- DECISIÓN MARCO 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre del 2009. sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. Esta Decisión según el Considerando (3) busca que "...Las medidas establecidas en la presente Decisión marco deben tener como objetivo evitar las situaciones en que una misma persona es objeto de procesos penales paralelos en distintos Estados miembros por los mismos hechos, que podrían llevar a una resolución final de dichos procedimientos en dos o más Estados miembros. Por consiguiente, la Decisión marco pretende prevenir la vulneración del principio ne bis in ídem que trata sobre la prevención y resolución de conflictos en material juris-

preocupación por los márgenes de impunidad de los delitos económicos cometidos por personas jurídicas corre a la par con el desarrollo de una legislación penal interna que procura efectividad en la lucha contra el delito corporativo.

En Latinoamérica y concretamente en el Ecuador, si bien se configura un escenario con amplio protagonismo empresarial o corporativo, no alcanza la dimensión de lo que sucede en Europa. Sin embargo, la preocupación por controlar este factor criminógeno de la persona jurídica ha sido considerable, como analizamos en el capítulo primero, y los esfuerzos legislativos se concretan en legislaciones que incorporan el tema de la responsabilidad penal de los entes morales, inspirados más en iniciativas nacionales particulares que en preocupaciones de orden regional o internacional.

En este sentido, nuestra legislación en materia de jurisdicción penal, Artículo 398 COIP, adopta el principio de territorialidad por el cual los jueces nacionales son competentes para juzgar las infracciones cometidas en territorio nacional y en territorio extranjero, en los casos que establecen las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por el Ecuador. Es decir, están sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador las personas jurídicas nacionales y extranjeras que cometen una infracción en el territorio nacional. También en el caso de aquellas infracciones cometidas contra el derecho internacional siempre que no hayan sido juzgadas por otro Estado (la jurisdicción universal, Arts. 400 y 401 COIP). Lastimosamente, a diferencia de la Unión Europea, no hemos desarrollado iniciativas internacionales de carácter regional para la unificación de legislación penal. Los únicos y muy mínimos esfuerzos realizados en este punto se han concretado o han sido producto convenios de cooperación y colaboración en esta materia¹¹¹.

diccional que regula el reparto de la jurisdicción internacional para evitar la vulneración del non bis idem..." Ver en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:ES:PDF>

111.-INSTRUCTIVO PARA LA ASISTENCIA PENAL INTERNACIONAL.

El Artículo 404 COIP contiene los principios de determinación de la competencia. Adopta el principio de territorialidad por el cual el juez del lugar en donde se comete la infracción es el competente para iniciar el proceso penal. Pero si la infracción cometida por la persona jurídica ha sido preparada, ideada o dispuesta en un lugar y se ha consumado en otro lugar el conocimiento de la causa corresponderá al juez de la circunscripción territorial en donde se consumó el delito. Me imagino al gerente general o al consejo de administración de una empresa que en la ciudad de Quito dispone el vertido de los desechos químicos en un río de la provincia de Sucumbíos en donde realiza sus operaciones de explotación minera o petrolera. El juez competente será el de la provincia de Sucumbíos porque es allí en donde se consuma la disposición dada desde la ciudad de Quito. Si no es posible determinar el lugar de comisión de la infracción será competente el juez de la circunscripción en donde el infractor fue aprehendido

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.ECUADOR. Algunos de los convenios suscritos por el Ecuador en materia de cooperación internacional son La CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL. (NASSAU 1992) – (ANEXO 3) Publicada en el Registro Oficial No. 147 de 14 de Agosto del 2003. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL. (PALERMO 2000) – (ANEXO 6) Publicada en el Registro Oficial No. 197 de 24 de Octubre del 2003. LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS. (VIENNA 1988) Publicada en el Registro Oficial No. 396 de 15 de Marzo de 1990. La CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION. Publicada en el Registro Oficial No. 83 de 10 de Junio de 1997. La CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION. (MÉRIDA 2003). Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 166 de 15 de Diciembre del 2005. Bilateralmente tenemos convenios: TRATADO DE COOPERACION EN MATERIA PENAL CON SUIZA. Publicado en el Registro Oficial No. 140 de 3 de Marzo de 1999. CONVENIO SOBRE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Y LA REPUBLICA DEL PARAGUAY. Publicado en el Registro Oficial No. 371 de 18 de Julio del 2001. CONVENIO SOBRE ASISTENCIA JURIDICA ENTRE ECUADOR Y EE UU MEXICANOS. Publicado en el Registro Oficial No. 29 de 1 de Junio del 2005. Recuperado del sitio: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-mla-otros-inst.doc

o detenido. Si no hay detenidos entonces la competencia radica en el domicilio de la persona jurídica procesada o en la capital de la República, en último caso. Si la persona jurídica nacional o extranjera comete un delito en el exterior podrá ser juzgada por el juez de la capital de la República.

En el sistema vicarial extremo adoptado por el COIP la infracción penal de la persona natural o física es el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. De tal forma que la participación procesal de la persona jurídica está limitada únicamente a la verificación ex post de la existencia de los cinco presupuestos de transferencia de la responsabilidad, esto es: se trata de una persona jurídica y no de hecho, que se trata de una persona jurídica de carácter privado y no público la relación funcional entre la persona física y la jurídica, la existencia del beneficio producido a la corporación y la constatación en que se trata de un delito de los que el COIP atribuye a la persona jurídica.

De esta forma los principios de fuero judicial aplicables a las personas naturales en los numerales 7, 8, 9, 10 y 11 del Artículo 404 COIP arrastran la competencia de fuero a las corporaciones en el hipotético caso en el cual confluyan la calidad de funcionario de una persona jurídica privada y la calidad de funcionario público. Las personas físicas que gozan de fuero de Corte Nacional y Corte Superior se encuentran descritas en los Artículos 192 y 208 del Código Orgánico de la Función Judicial (Ley 0 Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009, última modificación: 22-may.-2015).

De acuerdo al Artículo 14 COIP, en el caso de las infracciones penales cometidas fuera del territorio ecuatoriano las leyes y los jueces competentes que conozcan esas causas serán los ecuatorianos en los siguientes casos:

- a.- Cuando la infracción produzca efectos en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción. Puede darse el caso, por ejemplo, de la fabricación de medicamentos perniciosos a la

salud que produzcan efectos nocivos en la población ecuatoriana y que hayan sido fabricados por empresas farmacéuticas extrajeras en laboratorios situados fuera del Ecuador. La justicia ecuatoriana tiene el derecho y la jurisdicción para iniciar acciones penales en contra de esa persona jurídica y de sus representantes ante la justicia ecuatoriana.

- b.-** En aplicación del principio de jurisdicción universal la justicia ecuatoriana estaría en capacidad de que, frente a la existencia de víctimas de delitos cometidos por empresas extranjeras y que afecten los bienes jurídicos protegidos por el derecho internacional, las acciones penales puedan ser iniciadas en territorio ecuatoriano siempre y cuando no hayan anticipado en su conocimiento las jurisdicciones de otros países.

Son competentes los jueces ecuatorianos, aplicando el principio de nacionalidad, cuando las infracciones son cometidas por personas jurídicas ecuatorianas en el extranjero. (El Artículo 404, núm. 6to COIP tiene un alcance general a toda persona nacional o extranjera). Esta disposición podría eventualmente a constituir en competente al juez del lugar en donde fue detenida la persona física vinculada a la persona jurídica o a los jueces de la capital de la República. Si no existe detención o una persona física como procesada no podría iniciarse proceso penal alguno porque nuestro sistema no permite, para la persona corporativa, un proceso penal autónomo con prescindencia de la persona física.

En lo que tienen que ver al principio de justicia universal, la justicia ecuatoriana es competente para procesar y juzgar los delitos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario que están insertados en el Título IV, Capítulo Primero del Código Orgánico Integral Penal (Artículos 79 al 109) cometidos por personas jurídicas o personas físicas.

En síntesis, de tener la necesidad de procesar penalmente a una persona jurídica en el Ecuador no contamos con una legislación especial ni específica sobre los seguimientos normativos para iniciar su juzgamiento. La Fiscalía debe iniciar una investigación y de ser procedente convocar a una audiencia de formulación de cargos en contra de la persona natural hasta la terminación del proceso. De todas formas, las reglas de la competencia para las personas jurídicas siguen la suerte de la persona física procesada.

1. El principio del non bis in ídem¹¹²

Generalmente este principio busca cortar los casos de extralimitación en el enjuiciamiento penal a través de la prohibición de iniciar un nuevo proceso cuando se tienen como antecedente una sentencia absolutoria o condenatoria en aras de evitar el estado de preocupación y distracción al que se somete una persona que ha sido procesada penalmente. Se pensaría que este principio no es aplicable a las personas jurídicas porque aparentemente carecen de la capacidad de sufrir ansiedad y preocupación a consecuencia de un proceso penal. Pero jurídicamente no es así porque la corporación, recordemos, es titular de derechos constitucionales, entre ellos, el del debido proceso.

La calidad de sujeto procesal hace de la persona jurídica beneficiaria de todos los derechos y garantías. No es ajena a la

112.- En la Constitución ecuatoriana se encuentra consagrado como principio fundamental. El Artículo 76, núm. 7, letra i), prescribe: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto" El Artículo 5, núm. 9no del OIP tienen la misma redacción pero hace una acotación: "... La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio..."

posibilidad de ser objeto de doble juzgamiento: una de carácter penal y otra de carácter administrativo, para ello basta con una identidad de causa y materia en hechos que se juzgan. En otras palabras, debe verificarse una identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Puede darse el caso que la misma infracción penal tenga como consecuencia la imposición de penas de multa tanto a la persona física que cometió la infracción como a la persona jurídica que se benefició de ella. De tal forma que, de existir una identidad entre la persona física y persona jurídica, sin la existencia de alteridad o diversidad de intereses, como es el caso de las personas jurídicas unipersonales, debería imponerse una sola pena de multa para que no afecte el principio del non bis idem.

La Ley de empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, Registro Oficial 196 del 26 de Enero de 2006 establece la posibilidad de que toda persona natural con capacidad legal para realizar actos de comercio, podrá desarrollar por intermedio de una empresa unipersonal de responsabilidad limitada cualquier actividad económica que no estuviere prohibida por la ley, limitando su responsabilidad civil por las operaciones de la misma al monto del capital que hubiere destinado para ello (Artículo 1) siendo la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, una persona jurídica distinta e independiente de la persona natural a quien pertenece, según lo establece el Artículo 2 del mismo cuerpo legal.

De tal modo que la sanción de multa que se pueda imponer a la persona física y a la persona jurídica terminen en realidad siendo aplicadas dos veces a una sola de ellas que es la persona natural, por lo que el juez juzgador deberá modular la pena de manera proporcional teniendo en cuenta la mínima complejidad funcional de pequeñas empresas en donde la persona física y la persona jurídica se confunden. En las sociedades pequeñas y medianas generalmente los directivos son los socios y accionistas y si declarados responsables podrían también entenderse

que se aplica una sanción por duplicado. Quizá a futuro para evitar una sanción desproporcionada, en estos casos, se revise la posibilidad de imponer la pena restringiendo la responsabilidad penal para personas jurídicas que tengan un determinado tamaño o mediante la aplicación de un sistema de multas equitativo y proporcionado¹¹³.

Coincidimos con la circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado español que en relación con este punto dice que: "...por otra parte, en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos —piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias—, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio non bis in ídem..."¹¹⁴

Similar situación podría repetirse cuando se inicie un juicio penal después que la persona jurídica ha sido sancionada vía administrativa o seguir dos procedimientos sancionatorios al mismo tiempo: el administrativo y el juicio penal. Pero el Artículo 5, núm. 9no del COIP nos recuerda que estos procedimientos son independientes porque tienen finalidad y naturaleza diversa. Es latente el riesgo, en nuestro ordenamiento jurídico, que los entes corporativos sean procesados y sancionados dos veces por el mismo hecho.

113.- NIETO MARTIN, A. (2008:340).

114.- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. ESPAÑA. CIRCULAR 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica número 5/2010. Recuperado del sitio: [https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURIDICADEFINITIVA\(1\)\(1\).PDF](https://web.icam.es/bucket/NS_AE_CIRCULAR1_2011PERSONAJURIDICADEFINITIVA(1)(1).PDF)

La Corte Constitucional (Sentencia N. 50-16-Sep-Caso N.0146-11-EP Corte Constitucional del Ecuador del 24 de febrero del 2016) acepta la dualidad de procedimientos y de sentencias sobre un mismo hecho bajo el argumento de que las finalidades de los procesos administrativos y penales son diferentes. Dice esta sentencia: "...El fin que busca dicho proceso es determinar la existencia de un acto atribuible al procesado que contraveniga la norma penal y de ser el caso, sancionar dicha conducta ilegal con una pena de intensidad tal como lo es la privación de la libertad. En tanto que la sanción impuesta dentro del proceso administrativo N.0 055-2007, por el Director del Parque Nacional de Galápagos en contra del accionante, tiene la finalidad, por medio de la emisión de una multa, de resarcir de alguna forma el daño causado a la reserva marina del Parque Nacional Galápagos..."¹¹⁵

Desde lo constitucional la doble sanción o doble procedimiento no vulneraría el principio del non bis idem porque el procedimiento administrativo y el procedimiento penal tienen finalidades y presupuestos diferentes. El proceso administrativo contempla una sanción frente a hechos administrativos cometidos por la persona jurídica y que en consecuencia generan una penalidad administrativa. El proceso penal se inicia con la búsqueda de la responsabilidad penal de la persona física, de acuerdo al Artículo 49 del COIP, la misma que derivaría en una responsabilidad penal de la persona jurídica a quien se le impondría una penalidad específica y con finalidades preventivas, pero sobre la base de la comisión de un delito que no tiene ni debe ser igual a la falta administrativa en su presupuesto de hecho. Deben ser hechos diferentes.

115.- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. Sentencia N.º 050-16-sep-cc Caso N. 0146-11-ep Corte Constitucional del Ecuador. Recuperado de sitio: <https://www.corte-constitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/050-16-SEP-CC.pdf>

Sin embargo, es importante el criterio del Tribunal Constitucional español en la Sentencia 177/1999 que, apelando al principio de seguridad jurídica, reconoce el derecho del ciudadano a no recibir dos sanciones por los mismos hechos. Tomamos una cita de la mencionada sentencia invocada por Manuel Jaén Vallejo que textualmente dice "...la interdicción del bis in idem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental"¹¹⁶.

Las penas y sanciones en contra de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento tienen similitud en cuanto a su contenido. No se puede diferenciar la naturaleza de los procesos administrativos frente al proceso penal si al final llegan a las mismas sanciones. Es decir en nuestra legislación penal las sanciones civiles, administrativas o penales derivadas de los mismos hechos pueden constituirse en fundamento de la violación del principio del non bis ídem cuando el tipo de pena coincide con la sanción administrativa. Se supone que tienen naturaleza y finalidad diferente. Pero las sanciones administrativas y las penales confluyen en un mismo punto de encuentro cuando se trata de la imposición de la multa o de la medida de intervención, incluso de disolución, que de darse el caso debería constituirse en causal que inobservaría el principio del non bis ídem.

116.- JAÉN VALLEJO, M. (2008). "Principio constitucional «ne bis in idem» (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003). Ver en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_19.pdf

II. LA PERSONA JURÍDICA COMO ACUSADA Y PROCESADA.

El sistema procesal ecuatoriano, como lo anotamos antes, posibilita que la persona jurídica como sujeto procesal sufra un menoscabo a sus intereses como consecuencia de infracciones penales cometidas por las personas naturales. Cuando la corporación se presenta como víctima de la actuación ilícita de otras personas su participación dentro del proceso penal no tiene inconvenientes ni presenta mayores dificultades.

No así, cuando el daño tiene como emisor la persona física infractora que durante el proceso penal no le acreditaron la calidad de socio, directivo, trabajador o contratista, incluso un tercero vinculado con la empresa, aun cuando su actividad desvalorada haya generado algún tipo de beneficios para la corporación. O en sentido inverso, cuando la persona natural, siendo parte de la empresa, con su ilícito no generó beneficios, sino por el contrario, generó perjuicios en contra de la persona jurídica. En ambas situaciones hipotéticas la empresa no sería imputable por el delito objeto del proceso y debería ser absuelta en el posterior proceso (dualismo procesal) por la ausencia o falta de acreditación de todos o de uno de los presupuestos de imputación penal corporativa.

¿Puede la corporación, en el mismo proceso, presentarse como víctima del delito cometido por la persona física? Analicemos las posibilidades en función del sistema adoptado por el Artículo 49 OCIP:

- 1.- Si adoptamos el sistema monista planteado de imputar en la misma audiencia de formulación de cargos a la persona jurídica y a la persona física puede darse el caso de que al final de la Instrucción fiscal no se encuentren satisfechos o cumplidos uno o algunos de los presupuestos de imputación penal que tienen la corporación y el fiscal de la causa decida emitir un dictamen abstentivo para la Corporación y acusatorio para la persona natural infractora, hecho que debe ve-

rificarse al finalizar la etapa de la instrucción o investigación fiscal. En este caso, cuando la persona física cometió la infracción bajo su propio riesgo y responsabilidad, los daños causados por este individuo a la persona jurídica no podría ser objeto de reclamo alguno por ésta porque nuestra legislación adjetiva no contempla la posibilidad de que exista una conversión automática de procesado en víctima en el mismo proceso¹¹⁷. Lo que habría es una responsabilidad penal de la persona natural y una absolución de la persona jurídica en la misma sentencia.

Ahora en el evento de que exista la infracción cometida por la persona natural y se cumplen los presupuestos del Art. 49 COIP entonces habrá una sentencia condenatoria en contra de la persona natural y en contra de la persona física.

- 2.- En primer lugar, si procedemos con la aplicación del sistema dualista que proponemos, el primer proceso se inicia en contra únicamente de la persona física. Se admitiría la comparecencia de la persona jurídica en calidad de víctima porque no es el proceso en el que la persona jurídica está siendo acusada, porque hasta ese momento procesal no existe una sentencia que declare la responsabilidad penal previa en contra de la persona física. De tal forma que presentarse como víctima corresponde al ejercicio de un derecho constitucional de todo aquel que se considere como tal, en éste

117.- GIMENO BEVIA, (2016: 134). Dice el autor que en la legislación española es muy complicado este tema. Menciona que "...la posibilidad de que un mismo sujeto pueda presentar un escrito de acusación y otro de defensa en el mismo proceso o que pueda actuar en el juicio oral en calidad de acusador y acusado, resulta —a excepción únicamente del juicio de faltas—, incompatible con la LECrim y puede generar un auténtico fraude procesal. Correspondería a los jueces y tribunales determinar en qué casos concretos y ante qué determinadas circunstancias la persona jurídica ostentara legitimación activa para poder actuar con esa doble condición la de acusada y acusadora debiendo acotar con rigidez el contenido de sus alegaciones y proposiciones probatorias para evitar fraudes o ventajas injustificadas..."

caso de la persona jurídica. Podría alegar que los individuos actuaron fuera de los límites de sus atribuciones y ocasionaron un enorme perjuicio patrimonial o la afectación al buen nombre y prestigio de la institución. Podría darse dos posibilidades: en primer lugar, que la persona moral no demuestre la calidad de víctima y los jueces sentencien a la persona física. En este caso se abre paso a que, una vez ejecutoriada esta sentencia, se inicie el segundo proceso penal en contra de la persona jurídica para determinar su responsabilidad, tal como establece el Artículo 49 COIP.

En segundo lugar, que la persona jurídica demuestre la calidad de víctima y los jueces sentencien a la persona física infractora como responsable del delito. En este caso, según nuestro modelo de imputación, la sentencia condenatoria de la persona natural constituye un indicio de la responsabilidad de la persona jurídica que posibilitaría el inicio de otro proceso penal para determinar la responsabilidad de la organización. Situación en la que, la ejecución de la sentencia ejecutoriada que calificó como víctima a la persona jurídica en el primer proceso quedaría en suspenso hasta que se inicie y termine el otro proceso penal de enjuiciamiento a la persona jurídica. Si en este segundo juicio la corporación es absuelta, entonces la persona física paga los daños fijados en la ejecución de la sentencia suspendida. Si es encontrada culpable la ejecución de la sentencia que estuvo suspensa y que condenaba al pago de los daños y perjuicios del individuo a la corporación, se archiva por improcedente porque nadie está obligado a pagar por un daño ocasionado por un tercero por culpa de la misma persona jurídica.

En definitiva, formalmente el COIP no contempla la posibilidad de que la persona jurídica durante el proceso tenga la posibilidad de migrar de la calidad de imputada-acusada a la condición de víctima-acusadora. Podría tratarse de un extraño caso de fraude procesal que la legislación o la jurisprudencia podrían considerar y dilucidar si la ambivalencia jurídica de víctima-acusada puede legitimarse procesalmente.

Al efecto de este trabajo, la persona jurídica adquiere la calidad de víctima cuando la persona física haya sido declarada culpable de la infracción y la persona jurídica, en cambio, haya sido enervada de la responsabilidad penal. En este evento la corporación tiene el derecho a la reparación integral legitimada por su condición de víctima según el estatuto procesal del COIP, pero en un posterior proceso civil de indemnización de daños y perjuicios porque los momentos procesales no coinciden por las serias deficiencias provisionales del sistema procesal de imputación penal a las corporaciones.

A. Los terceros: parte pertenecientes a la persona jurídica y que aparecen como víctimas

Otra característica del sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas adoptado por el COIP es la ausencia del papel que podrían desempeñar los terceros que, como los trabajadores o empleados de la corporación, pueden verse afectados por el fallo en contra de la misma. La imposición de severas multas o el pago de elevadas compensaciones indemnizatorias a las víctimas, así como la disolución, la clausura, comiso o la prohibición de contratar con el Estado pueden afectar seriamente sus intereses que se encuentran estrechamente relacionados y conectados con la corporación. Incluso si la persona jurídica sobrevive al proceso penal el efecto del mismo tendrá consecuencias que van a incidir con la probable disminución de ingresos, la reducción de las ventas, la pérdida de mercado, el aumento de la tasa de despidos y a consecuencia de ello una reducción salarial. Los efectos negativos de una sentencia en contra de la corporación no vuelven exentos a los accionistas de la misma, a los proveedores ni a los acreedores que podrían quedarse impagos.

Frente a este cúmulo de expectativas estos actores marginales no tienen la posibilidad de participar en el proceso ni de comparecer en calidad de víctimas o perjudicados porque carecen de la calidad de parte procesal. Es decir, no son titulares de bienes

jurídicos o bienes patrimoniales que hayan sido menoscabados por la infracción penal. Posiblemente este impedimento deba entenderse como una forma de evitar intervenciones que resultarían parcializadas por el probable interés que existiría para que la persona jurídica no resultase responsable penalmente y proteger de esta manera sus expectativas de no verse afectados por un resultado procesal negativo.

Sin embargo, siguiendo el sistema dual, el COIP debería implementar un sistema por el cual estas personas sean oídas por el juez que dirige la audiencia de formulación de cargos en contra de la persona jurídica para que mediante su testimonio pueda evaluar la potencialidad de los perjuicios que podría causar cuando ordena la imposición de medidas cautelares o la pena misma, como la clausura provisional o la suspensión de actividades, por ejemplo. Se debe atender el principio de evitación de una mayor dañosidad social.

B. El procesamiento en los casos de fusión, transformación, escisión, disolución, liquidación y otras formas de modificación.

En los casos en los que una persona jurídica se encuentra inmersa en un proceso de modificación permitida por las leyes no debería constituirse en un obstáculo que impida determinar la responsabilidad penal de la misma. El último inciso del Artículo 49 del COIP establece que no se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley. Con esta disposición el legislador ecuatoriano está convencido que la extinción de un proceso penal por estas circunstancias modificatorias del estatus jurídico de la compañía podría obedecer a una preconcebida estrategia para evadir responsabilidades derivadas del proceso penal.

De todas maneras, algo que no precisa ni menciona el COIP es la orden de inscripción o registro de la imputación penal en la Superintendencia de Compañías, bancos en registro mercantil, o en las respectivas instituciones públicas que otorgan personalidad jurídica. De lo contrario, podría darse el caso de que personas que fusionen o adquieran una corporación, sin el menor conocimiento de los procesos penales instaurados en contra de las personas jurídicas, se vean perjudicados por una sentencia condenatoria en fecha posterior a la compra. Tampoco queda claro cuál es la empresa que soportará las consecuencias penales en corporaciones que se han escindido en múltiples personas jurídicas si esta información procesal no consta inscrita en los registros públicos existentes para el efecto.

C. Problemas de la competencia en el concurso ideal o real

En materia penal el tema del concurso de delitos pretende regular la penalidad en relación con la observancia de la racionalidad de la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto se refiere a la unidad y pluralidad de delitos. El Artículo 20 del COIP define al concurso real de infracciones como aquel que se produce cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes; y el concurso ideal de infracciones cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta. En el caso de los primeros la pena se acumulará hasta el máximo del doble de la pena más grave sin que sobrepase de los cuarenta años; en los segundos se aplicará la pena de la infracción más grave.

No olvidamos que el sistema vicarial extremo adoptado por el Artículo 49 del COIP establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica depende de la responsabilidad penal de la persona física. Es decir, de la responsabilidad penal del individuo que comete un delito se deriva la responsabilidad de la persona jurídica. Una responsabilidad por transferencia.

En el caso del concurso real de delitos, en el hipotético caso de que la persona física ha cometido varios delitos por los que se han iniciado varios procesos penales en contra de la persona física infractora, existe la posibilidad real de que la responsabilidad penal sea transferida a la persona jurídica, sin que le afecte la acumulación de las penas porque se refieren a penas privativas de la libertad de la persona física, no aplicable a la corporación. La acumulación de multas no está regulada pero de aplicarse deberá guardar la proporcionalidad como principio general de aplicación.

En relación con el concurso ideal de delitos, entendido éste como un conjunto de "...acciones iguales que lleva a cabo un sujeto activo dentro de un mismo contexto y con el mismo objetivo...dentro de un mismo contexto espacio-temporal..."¹¹⁸ se procesa como un solo delito. El Artículo 406 COIP, en la misma línea, prescribe que en el evento de que se cometan infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en el mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó la infracción más grave. Se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo.

Se nos ocurre un ejemplo: el gerente de una empresa de químicos introduce al país de contrabando varias canecas con productos químicos para venderlos por medio de la misma empresa. Pero al mismo tiempo se dispone ingresar también de contrabando combustible barato para lo cual se vierte en un arroyo cercano a la frontera productos químicos contaminantes para disponer de las canecas de plástico vacías las mismas que son llenadas de combustible de contrabando. En este ejemplo podemos constatar la existencia de una unidad de acción que abarca la comisión de varios delitos, entre ellos el delito de contrabando tipificado en el Artículo 301 COIP (pena de 3 a 5 años), el delito de transporte ilegal de combustibles sancionado en el Artículo 265 COIP

118.-BALMACEDA HOYOS, G. (2014:373): "Manual de Derecho penal. Parte General". Santiago: Librotecnia.

(pena de 5 a 7 años) y el delito contra el agua tipificado en el Artículo 251 COIP (pena de 3 a 5 años), entre otros.

Se trata de un concurso ideal de delitos que de acuerdo a los Artículos 21 y 406 del COIP se manejaría en un solo proceso por la infracción más grave, en este caso, por el delito de transporte ilegal de combustibles tipificado en el Artículo 265 COIP. Para materializar esta pretensión procesal la fiscalía formularían los cargos por delito flagrante en contra de la persona física por transporte ilegal de combustible. El proceso podría terminar en una condena a la persona física que, de darse el caso y si la sentencia esta ejecutoriada, se debe iniciar un proceso en contra de la persona jurídica por el mismo delito del que fue condenada la persona natural. Si la persona natural es absuelta, también lo es la persona jurídica porque no existiría el presupuesto procesal básico y fundamental de la pre-existencia de una sentencia condenatoria a la persona física infractora. Sea que se trate de un concurso real o un concurso ideal, la persona jurídica no resulta afectada de la decisión de Fiscalía de manera directa sino de las consecuencias penales que sufra la persona física al final del proceso.

Complicuemos el ejemplo. Supongamos que en el operativo ha resultado muerto un agente de la policía aduanera por un disparo realizado por el mismo empleado de la corporación. El concurso ideal de delitos se configura en torno al juzgamiento del empleado por el delito de asesinato del agente aduanero, por ser el delito más grave (Concurso ideal, Arts. 21 y 406, 144 del COIP). Delito por cuya comisión no respondería la persona jurídica aun en el evento de que haya sido encontrado culpable el mismo el gerente. La persona jurídica tiene un *numerus clausus* de delitos por los que únicamente puede responder y el asesinato no es uno de aquellos, constituyéndose una clara falencia que desnaturaliza las finalidades preventivas del enjuiciamiento y de la declaratoria de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta carencia normativa a más de ser un preocupante vacío

legal se constituye en factores de generación de impunidad de la criminalidad corporativa.

En este sentido la responsabilidad penal de las personas jurídicas es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales, caso contrario estaríamos ante dos disposiciones legales aparentemente contradictorias que enfrenta por un lado el Artículo 49 COIP que textualmente establece la responsabilidad penal de las personas morales por las conductas de las personas físicas, y por otro lado el penúltimo inciso del mismo Artículo 49 COIP que determina que "...la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito...". Pero no existe fundamento jurídico pertinente a nuestro caso que nos permita pensar que el procesamiento de la persona jurídica y la autonomía de su juzgamiento tengan que ver con responsabilidades concurrentes que insinúen premisas de imputación diferentes, como el hecho propio, por ejemplo. La voluntad del legislador de incluir la cláusula de independencia, penúltimo inciso del Artículo 49 COIP, tiene que ver más con una cláusula eximente de responsabilidad que se produce cuando en el proceso penal posterior no se encuentre o la Fiscalía no evidencie los presupuestos de responsabilidad corporativa. No es el fundamento.

Es decir, la responsabilidad del ente corporativo es independiente a la de la persona física si no se demuestra la existencia de los presupuestos procesales establecidos en la ley, como son la existencia de la relación jurídica entre la persona física y la jurídica, la existencia de un beneficio para la corporación y que el delito sea de los que puede cometer la persona jurídica. No existe un traslado de la responsabilidad sin beneficio de inventario, sino que exige la verificación de los presupuestos antes anotados. Solo en este sentido es independiente, de o ser así la responsabilidad de la persona jurídica sería a consecuencia de un hecho propio que es aquello que descarta la redacción del artículo 49 del COIP.

D. El derecho de defensa y el secreto profesional

A diferencia de la legislación española, el Ecuador no cuenta con una ley de medidas de agilización procesal que llene el vacío que deja el Artículo 49 del COIP en el que nada se dice sobre procedimiento a seguir para el enjuiciamiento penal de la persona jurídica. El modelo adoptado nos remite a las garantías e instituciones procesales de las personas físicas como instrumentos a ser utilizados para las personas jurídicas en los parámetros adjetivos que hacen relación a cuestiones relacionadas con la defensa, con la actividad probatoria, con las diligencias procesales, versiones, testimonios, medidas cautelares y de protección, entre otras, constantes en el Artículo 76, núm. 7mo CRE.

Tengamos en cuenta que el objeto del proceso penal en contra de las personas jurídicas determina a su vez el ejercicio de los derechos del debido proceso previstos en la Constitución como expresión del derecho de defensa. La persona procesada, por el principio de personalidad de las acciones, debe serlo por sus propios actos. Ningún sujeto puede responder por hechos en los que no haya participado. La independencia de la actuación de la persona física y la persona jurídica en el COIP no tiene la connotación de estar frente a titulares de un proceso penal en el que cada uno concurre a responder por sus propias acciones como sería el caso del sistema de RPPJ por hecho propio. Por el contrario, el sentido lógico de la norma penal ecuatoriana es que frente a un delito se inicie un proceso exclusivamente en contra de la persona física quien actúa en forma diversa e independiente e la persona jurídica que no participa en calidad de procesada. Si resulta culpable la persona física se inicia otro proceso penal en contra de la persona jurídica para trasladarle la responsabilidad proveniente de la sentencia ejecutoriada dictada en contra de la persona individual. El proceso penal corporativo tendría como finalidad la verificación de los presupuestos de imputación para la corporación. En este sentido la actuación de la persona jurídica es diversa e independiente de la persona física que no participa en este proceso.

La estrategia de defensa de la persona jurídica en el primer proceso es inexistente porque no es imputada. En el segundo proceso su planificación defensiva es limitada. No puede solicitar actos probatorios que versen sobre la conducta de sus funcionarios porque ya están juzgados, así pretenda exculparlos de las infracciones cometidas. Por el contrario, sus actuaciones deben girar en torno a demostrar que no se encuentra inmersa en los presupuestos del Artículo 49 del COIP. En este caso la corporación sí puede presentar pruebas y solicitar actos probatorios a la fiscalía con el objeto de aminorar o eliminar los cinco presupuestos de responsabilidad penal especificados en la norma antes citada: se trata o no de una persona jurídica y no de hecho, que se trata o no de una persona jurídica de carácter privado y no público, que el delito no se ha cometido en provecho de la persona jurídica, que la persona física no tienen ningún tipo de relación con la persona jurídica y que es una persona jurídica de derecho público o una persona colectiva de hecho. Puede probar además las acciones reparatorias o de colaboración con las autoridades como situaciones que eventualmente puedan servirle como atenuantes a la hora de recibir la pena.

En la fase de impugnación de la resolución condenatoria, la persona jurídica, en ejercicio pleno de sus derechos procesales, puede apelar de la sentencia, interponer un recurso de casación, igual el recurso de revisión e incluso la acción extraordinaria de protección de acuerdo a las resoluciones de la Corte Constitucional analizadas¹¹⁹. No puede hacerlo respecto del primer pro-

119.-GASCÓN INCHAUSTI, F. (2012). Es importante citar lo que al respecto argumenta en relación con este punto. Dice "...Que la persona jurídica tenga la condición de imputada o acusada significa que ha de tener todos los derechos que el ordenamiento anuda a esta posición procesal en función del momento y del contexto procesal: Artículo 118.I. LECrim. Se refiere a ello genéricamente como: "ejercitar el derecho de defensa". Pero, por supuesto, ser imputado o acusado no significa únicamente poder ejercer facultades en el marco del proceso penal, sino, de manera más amplia, ser titular y beneficiario de las garantías constitucionales y legales reconocidas a estos sujetos. De hecho, ejercitar el derecho de defensa puede considerarse como una de las garantías y, en todo caso, la titu-

ceso por el que se responsabiliza a la persona física del delito cometido en la corporación porque no es parte procesal.

1. Derecho a contar con un abogado defensor neutral

En relación con el derecho a la defensa, ya analizamos la prerrogativa de la persona jurídica de nombrar un abogado defensor de su confianza que no esté inmerso en causales de excusa o inhabilitación. Nos referimos a un patrocinador que no tenga intereses contrapuestos a los de la persona jurídica ni que tenga la doble calidad de abogado tanto de la persona jurídica procesada y testigo de la fiscalía. La presencia del profesional del derecho es quizá más importante que la presencia del mismo representante de la sociedad por el peligro de que se declaren nulas las actuaciones procesales en los que no se cuente con la defensa garantizada de la empresa. La ausencia del representante de la empresa no reviste mayor problema siempre y cuando se cuente con el abogado patrocinador en cada una de las diligencias probatorias que se lleven a cabo previa notificación oportuna.

En la audiencia oral y pública de formulación de cargos o en cualquier otra a la que sea convocada debe ocupar el puesto reservado a la persona física procesada. Tiene la posibilidad de hacer uso del derecho constitucional a guardar silencio sin que su negativa sea considerada un indicio de responsabilidad.

2.- Derecho al secreto profesional

González-Cuellar Serrano define al secreto profesional como "la garantía de confidencialidad que se proyecta sobre las informaciones reservadas comunicadas a un letrado por su cliente y las obtenidas por el mismo relativas a su patrocinado en el ejercicio investigativo de su actividad profesional. Para el cliente la garantía es un derecho. Para el Abogado el mantenimiento del secreto constituye un derecho y simultáneamente es una obli-

garidad de esas garantías se manifiesta a través del ejercicio de ciertas facultades en el proceso..."

gación, cuyo incumplimiento genera responsabilidad civil, disciplinaria y penal...¹²⁰. Esta garantía prevista en el Artículo 20 de la Constitución contiene una obligación para el profesional de carácter positiva que se traduce en la negativa del Abogado, en este caso, a revelar ante una exigencia de jueces u otro tipo de autoridades la información que tiene sobre su cliente. Y contiene una obligación negativa por cuanto el Abogado no puede revelar la información entregada por su defendido. Es decir, el derecho a no entregar información ni revelar esa información¹²¹. La violación al secreto profesional implica la comisión del delito de revelación de secreto castigado por el Artículo 179 COIP.

El abogado defensor de la persona jurídica tiene una particularidad que lo hace diferente del profesional que defiende y patrocinan a una persona física. El secreto profesional garantiza la confidencialidad de los datos que el abogado de la persona física conoce y sabe. El Artículo 179 COIP establece que la persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. El profesional y el representante de la persona jurídica tienen bajo su dominio y disposición mucha información interna de la empresa cuya revelación y entrega a la fiscalía puede tener consecuencias adversas para la corporación. En principio, de acuerdo al sistema de garantías procesales constitucionales que nos rige, la persona jurídica no podría ser obligada a entregar a la Fiscalía aquella información porque invadiría el campo de afectación al principio de la prohibición de la autoincriminación constante en el Artículo 5, núm. 8vo COIP y Artículo 77 CRE, núm. 7, literal c).

La Fiscalía en el ejercicio constitucional de investigar y descubrir la verdad de los hechos se enfrenta a una situación de im-

120.- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. (2013:9). "El secreto profesional del Abogado". En: GONZALEZ -CUELLAR SERRANO (coord.). En: "Problemas actuales de la justicia penal". Madrid: Colex.

121.- GIMENO BEVIA, G. (2016:143).

posibilidad de acceso a cierta información que puede resultar vital para la determinación de la responsabilidad de la persona física procesada. En teoría no puede exigir al infractor individual la presentación de información que pertenece a la corporación por las consecuencias penales que puede acarrear a la persona jurídica que no ha sido procesada y la invalidez material de la prueba a consecuencia del potencial pedido de exclusión de la misma por ilegal e inconstitucional (Artículo 454, núm. 6to. OIP y Artículo 76, núm. 4to. CRE). Tampoco podría exigir al Abogado defensor la entrega de información que pueda perjudicar la posición procesal de su defendida por el amparo del ordenamiento jurídico al secreto profesional, dado en el Artículo 179 COIP.

La corporación, al igual que la persona física no está obligada a generar ni a presentar prueba alguna que sirva de fundamento para el establecimiento de su propia responsabilidad en el proceso penal, peor si esta información proviene del abogado defensor. La exigencia de la Fiscalía para que el Patrocinador presente o debele determinada información infringe el principio del secreto profesional porque la divulgación está sancionada penalmente por ser una conducta tipificada como delito. La calidad de garante que asume el Defensor elimina la posibilidad de que el juez o el fiscal le exijan revelar secretos e información reservada de su cliente porque esta reserva tiene protección constitucional. Así determina el Artículo 20 de la CRE.

Este panorama tiene muchas similitudes con los desafíos institucionales de la fiscalía en España que volvía casi imposible la averiguación de la verdad procesal ante la carencia de información que solo la poseían las personas jurídicas. Para evitar un estancamiento en la ejecución de políticas de persecución de organizaciones en cuyo seno se cometía delitos, la legislación europea en general introdujo ciertas condiciones para otorgar protección a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y su patrocinado. Por ejemplo en la actualidad se exige por parte del Tribunal de Justicia Europeo de las Comunidades Europeas que tales comunicaciones tengan relación con el de-

recho de defensa y que los abogados sean externos o independientes de la corporación¹²².

3. El abogado defensor como testigo

No es de extrañarse que se den situaciones en las cuales el abogado de la persona jurídica sea llamado a comparecer en calidad de testigo y no participe en calidad de abogado, estamos frente a un evento que puede posibilitar la vulneración del derecho a la defensa de la persona jurídica. Cuando el Artículo 179 COIP refiere la revelación de un secreto, en razón del ejercicio de la profesión de abogado en este caso, no impone ningún tipo de limite en cuanto al objeto de protección extendiendo el ámbito de aplicación a toda información relacionada con su defendida y que se haya obtenido e informado por motivos profesionales.

Esta interpretación gramatical a primera vista no excluye la información confiada al profesional del derecho cuando actúa en calidad de funcionario de la persona jurídica, de encargado de negocios o de relaciones sociales, contratos, relaciones públicas, tratos con los proveedores y clientes, relaciones con el sector público y privado en general, que en términos generales son actuaciones propias de su ejercicio profesional oponibles a cualquier pretensión de vulneración de un derecho de orden público, como es la no revelación del secreto profesional. Aunque en la legislación internacional como la de la Unión Europea se piense lo contrario¹²³.

122.- GIMENO BEVIA, G. (2016). Textualmente el autor trae como referencia la sentencia del TJCE en relación con el caso Akzo Nobel Chemicals Ltd. Y dice "...Por ello, el tribunal sostiene que para proteger la confidencialidad de los documentos entre la empresa y su Abogado se hace necesario que dicho profesional sea independiente, es decir, no vinculado a su cliente mediante una relación laboralaunque el abogado interno se encuentre colegiado, con independencia de su sumisión a la disciplina y deontología profesional –independencia en sentido positivo- el grado de independencia no va a ser igual que el que pudiera tener un abogado ajeno a la empresa, puesto que el abogado interno depende de su empresario "desde el punto de vista orgánico, jerárquico, y funcional"..."

123.- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2012). Este autor, al igual que otros,

Al no tener una normativa que ponga límites a la participación del abogado corporativo como testigo en un proceso penal este derecho a la no revelación adquiere el estatus de invulnerable, pensar en lo contrario sería atentar al derecho al debido proceso en los términos que nuestra propia legislación ha demarcado. De alguna manera, de lege ferenda, la normativa ecuatoriana debería establecer una serie de limitaciones a la prohibición de la revelación del secreto profesional cuando el abogado de la empresa haya sido el encargado del manejo de fondos y recursos económicos en actividades de dudosa legalidad, especialmente las relacionadas en delitos como blanqueo de capitales, tráfico de drogas, enriquecimiento ilícito, peculados, y otros delitos graves.

En síntesis, si existe una actuación fiscal urgente (Artículo 583 COIP) en la que allane las oficinas de los abogados de una corporación, la Fiscalía no podrá utilizar en contra de la corporación la información documental o digital que la persona jurídica haya entregado al profesional del derecho cuya oficina o casa haya sido allanada porque constituiría una evidente violación al secreto profesional.

El secreto profesional del abogado defensor exige un reconocimiento a la existencia de un derecho-obligación. Derecho en cuanto el guardar silencio frente a los requerimientos judiciales o fiscales que se traduce en la facultad del abogado a comparecer al proceso en calidad de testigo en el que podría argumentar

Puede ser que el abogado interno, empleado de la persona jurídica, tenga información relevante en relación con el delito cometido. Una declaración en calidad de testigo podría comprometer seriamente a la corporación. El dilema es saber si a este tipo de abogados – empleados les cobija el privilegio de confidencialidad. Gascón cree que en el caso de España "...la única solución jurisprudencia a esta cuestión la ha ofrecido, por el momento, el TJUE, en el sentido de considerar que el privilegio de la confidencialidad entre abogado y cliente no se aplica a las relaciones entre una empresa y su abogado interno entendiendo por tal el que es empleado de la propia empresa. La razón básica estriba en la falta de independencia del abogado interno, que lo vincula a las estrategias de la empresa ..."

que la razón de su negativa y de su silencio a develar la información confidencial y secreta de su cliente puede acarrearle responsabilidad penal. Su obligación es no revelar porque existen fundamentos constitucionales y jurisprudencia de obligatorio cumplimiento incluso en fallos de CIDH (Caso Tristán Donoso vs. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009) por los cuales los abogados tienen la obligación jurídica de no revelación.

4. Allanamiento a locales del Abogado defensor de la persona jurídica

Pero además del aspecto personal garantizado, el secreto profesional transforma en inviolable los lugares en donde reposa o se almacena la información confidencial de su cliente. Nos referimos a su oficina, bufete, estudio jurídico o su propio domicilio, sin olvidar los sitios informáticos y digitales constantes en memorias volátiles o en discos duros y procesadores personales.

Comprende además, documentos, dibujos, mapas, manuales, correspondencia, porque forman parte del secreto entendido como información sistematizada que no se circunscribe a datos particularizados, sino que tienen una connotación general que abarca toda información relacionada con la persona jurídica. No estamos hablando de la oficina del abogado como el lugar de la inviolabilidad de manera absoluta. Nos referimos a la información que en ella se encuentra almacenada o depositada y que se constituye en objetos inviolables relacionados con la inviolabilidad de la correspondencia y documentos privados. Ni siquiera la oficina del abogado puede ser afectada para arrestar al procesado o para encontrar, por parte de la fiscalía, algún documento con el que se pretenda incriminar y responsabilizar a la persona jurídica -cliente- del delito que se investiga.

Pero tampoco es un derecho absoluto. La fiscalía podría allanar la oficina de un abogado cuando éste se encuentra implicado en la comisión de un delito como autor, cómplice e incluso como

encubridor en los términos del Artículo 272 COIP. Pero de igual manera la incautación de la información deberá estar relacionada estrictamente con el caso que se investiga y no relacionada con sus clientes. De manera similar, el allanamiento puede ser legalmente ejecutado mediante requerimiento judicial que disponga la incautación de todo documento y medios digitales de almacenamiento para ser analizados por la policía judicial especializada. Sin embargo, la documentación que haya sido entregada por la persona jurídica al abogado y que ha sido incautada siempre contradecirá el derecho a permanecer en silencio y a la no autoincriminación, tal como consta en las correspondientes prescripciones legales del capítulo tercero del COIP que regula la prueba en general (Artículos 471, 475, 476, 477, 478, 498 a 511 COIP).

Si el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que presupone el derecho a contar con un abogado defensor y en general al ejercicio pleno del derecho de defensa, forma parte de los derechos y garantías que constitucionalmente tiene la corporación dentro del proceso penal entonces ningún juez o autoridad judicial o administrativa podría vulnerarlos porque pondría en peligro la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico y la estructura del estado constitucional de derechos y justicia.

E. El principio de prohibición de auto imputación de la persona jurídica en Europa y Norteamérica.

Procedamos a realizar a manera de introducción la situación del principio de no autoincriminación en otros contextos normativos para que nos sirvan de punto de referencia al analizar el nuestro que también contiene la prohibición de actos que puedan acarrear la responsabilidad de la persona jurídica realizados a través de su representante en el proceso penal.

En Europa el Artículo 6 del estatuto constitutivo del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sostiene que "toda persona"

tiene el derecho a ser sometido a un proceso equitativo que garantice un mínimo de derechos fundamentales entre los cuales no se menciona el derecho a la prohibición de la autoincriminación para las personas jurídicas, pese a ser favorecida en toda la redacción de este artículo Sin embargo Hernández Basualto confirma la existencia de un dato curioso y es el hecho que en la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos es prácticamente inexistente las referidas a la no autoincriminación de las personas jurídicas. Toda referencia en este punto se limita únicamente al derecho de la persona natural a tal punto que ni siquiera se ha pronunciado sobre la pertinencia del Artículo 6 referido a las personas jurídicas, aunque sí de otros derechos procesales.

El caso Orkem¹²⁴ marca un punto de quiebre en lo que tiene que ver con los deberes de colaboración de la persona jurídica cuando ha sido objeto de una acción penal porque se reconoce

124.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS del 18 de octubre de 1989. Asunto 374/87. En el num. 33 de la mencionada sentencia, dice el Tribunal "... A este respecto, este Tribunal de Justicia ha declarado recientemente, en la sentencia de 21 de septiembre de 1989 (Hoechst contra Comisión, asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Rec. 1989, p. 2859, apartado 15), que si bien es cierto que el derecho de defensa debe ser respetado en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a una sanción, ha de evitarse, al mismo tiempo, que el mencionado derecho quede irremediabilmente dañado en los procedimientos de investigación previa, que puedan tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas. Por consiguiente, si bien algunas manifestaciones del derecho de defensa afectan únicamente a los procedimientos contradictorios que siguen a una comunicación de los cargos imputados, otras deben ser respetadas ya en la fase de investigación previa. Por consiguiente, aunque para preservar la eficacia de los apartados 2 y 5 del Artículo 11 del Reglamento n° 17 la Comisión tenga la potestad de obligar a la empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que le presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, incluso si los mismos pueden servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de

el derecho a la no autoincriminación restringida únicamente al derecho a no responder preguntas incriminatorias que impliquen un reconocimiento a la participación de la empresa en el delito investigado. Tal consideración parecería que conlleva la obligación de la corporación a través de su representante de responder preguntas para el esclarecimiento de ciertos hechos aunque tal reconocimiento no alcance la conminación a reconocer participación en la comisión.

Este fallo es muy importante porque frente a la ausencia de una normativa de prohibición de la autoincriminación en el Artículo 6 del CEDH, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ratificó esta línea de tratamiento en el caso *Funke* que admitía el derecho de todo acusado a acogerse al beneficio del derecho al silencio y excepcionalmente permitir su propia incriminación como un derecho que le asiste del Artículo 6 del Convenio Europeo de los Derechos humanos¹²⁵. Da lugar, en cambio, a reconocer este derecho de manera restringida en relación con la misma amplitud de la que goza la persona natural.

Podríamos igualmente afirmar que en los Estados Unidos de Norteamérica el caso *HALE VS HENKEL* marcó un hito en cuanto a la aplicación del principio de no autoincriminación constante en la Quinta Enmienda. En efecto la Corte Suprema considero no violatoria al referido principio la exigencia para que el representante de la persona jurídica responda a las preguntas sobre la participación de la empresa en los hechos investigados y proceda a la entrega de documentos auto incriminatorios para la corporación. Se fundamenta en razones de exclusiva practicidad dada la potencial imposibilidad de procesar penalmente a una persona jurídica si se reconociera un derecho que es personalí-

una conducta contraria a la competencia, la referida institución no puede, mediante una decisión de solicitud de información, vulnerar el derecho de defensa reconocido a la empresa. Así pues, la Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión...”

125.- MERIDA DEL LLANO, C. (2005: 75). Los derechos fundamentales en la Unión Europea. Barcelona: Anthropos.

simo y por ende de imposible aplicación, invocación y ejercicio al representante de la corporación¹²⁶.

Por otro lado, siendo la empresa un ente al que el Estado le ha reconocido poderes para el cumplimiento de un limitado objeto social tienen la obligación de rendirle cuentas a quien fue la fuente de su existencia sobre la forma como ha ejercido esas potestades otorgadas, considerando que a diferencia de la persona física, los entes ficticios están íntimamente relacionados con el Estado y tienen una existencia dependiente del mismo¹²⁷. Lo realmente problemático se presentaba cuando existía de por medio la confesión de un representante de la persona jurídica

126.- ANALISIS 05. Entendiendo la ley común. Sentencia de la corte Suprema de Justicia. Recuperado del sitio <https://analisis05.wordpress.com/2017/08/13/entendiendo-la-ley-comun/>. Es acerca del caso Hale vs Henkel, este principio se encuentra vigente hasta la actualidad. El autor traduce la parte pertinente en los siguientes términos. "Existe una clara distinción en este caso particular entre un individuo y una corporación y que este último no tiene derecho a negarse a someter sus libros y papeles para un examen a instancia del Estado. La persona puede hacer valer sus derechos constitucionales Como ciudadano, tiene derecho a ejercer su actividad privada a su manera, su poder de contratar es ilimitado, no le debe al Estado, pues no recibe nada de eso, más allá de la protección de su vida y de sus bienes. Los derechos son tales que existieron por la ley de la tierra mucho tiempo anterior a la organización del Estado, y sólo pueden ser tomados de él por el debido proceso de la ley y de acuerdo con la constitución. Entre sus derechos son una negativa a incriminar a sí mismo, Y la inmunidad de sí mismo y de sus bienes contra la detención o la incautación, salvo bajo una orden de la ley, y no debe nada al público, siempre y cuando no incurra en sus derechos. Por otra parte, la corporación es una criatura del Estado. Se presume que se incorpora para beneficio del público. Recibe ciertos privilegios especiales y franquicias, y los somete a las leyes del Estado ya las limitaciones de su estatuto. Sus facultades están limitadas por la ley. No puede hacer ningún contrato no autorizado por su carta. Su derecho a actuar como una corporación sólo se conserva en la medida en que obedece las leyes de su carta. "Hale v. Henkel, 201 US 43 a 47 (1905)."

127.- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015: 7-12). Afirma que el fallo mencionado origina una posterior aplicación denominada "doctrina de la entidad colectiva" ("Collective Entity Doctrine", conocida también como "Entity Exception").

que con su aceptación de los hechos acarrearía responsabilidad penal para sí mismo y para la persona jurídica.

Posteriormente ciertos desarrollos jurisprudenciales a la Quinta enmienda transitaron por dos senderos diversos:

- 1.- El representante de la corporación no podía negarse a entregar documentos que auto incriminaban a la empresa y a sí mismo. En el caso "Wilson v. United States" la Corte Suprema reafirma que la protección contra la autoincriminación, a consecuencia de la entrega de documentación, es únicamente un beneficio para la persona natural en relación con la documentación de carácter personal y no se extiende a los documentos corporativos, e incluso con los documentos privados que están en custodia de la empresa. Con el caso "Shapiro v. United States" se reconoce la potestad del Estado de exigir el acceso a ciertos documentos de presentación obligatoria en determinados contextos regulatorios establecidos por la ley¹²⁸.
- 2.- En los casos *Schmerber v. California* y *Fisher v. United States*, nos comenta Hernández Basualto¹²⁹, se configura la denominada "doctrina del acto de producción" o "Act-of-Production Doctrine" en la que se limita el derecho a la no incriminación por la entrega de documentos, consagrado en la Quinta Enmienda, únicamente durante el testimonio y en relación con la documentación de producción de la corporación y no del agente o del representante.

Esta doctrina desarrollada por la jurisprudencia norteamericana puede parecer, en primera instancia, violatorias al desarrollo normativo de los países europeos¹³⁰ pero no cabe duda que tienen una fuente de sustentación y fundamentación en cuanto a

128.- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015:10).

129.- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015:12)

130.- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015:16) menciona que en Inglaterra en forma totalmente opuesta a la norteamericana el fallo "Triplex Safety

la limitación de la prohibición de la autoincriminación de las personas jurídicas que necesariamente debe ser repensada desde el ángulo de las propias fuentes que sirven de fundamento en la legislación europea.

F. El principio de prohibición del auto imputación de la persona jurídica en Ecuador.

En el Ecuador nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. En cuanto a acogerse al derecho al silencio el Artículo 508 COIP prescribe que la persona investigada o procesada deberá rendir su versión de los hechos, previa comunicación de su derecho a guardar silencio, sin que para ello sea obligada mediante coacción o amenaza física, moral o de cualquier otra índole y que declare sobre asuntos que puedan ocasionarle responsabilidad penal o inducirlo a rendir versión contra su voluntad ni se le hacen ofertas o promesas para obtener su confesión. El derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse de la persona jurídica se deriva de fuentes legitimadoras constitucionales que tiene su origen en el Artículo 77, num. 7 literal b) y c) y Artículo 5, num. 8 del COIP.

1. El derecho a la prohibición de la autoincriminación es un derecho reconocido a las personas jurídicas

La prohibición de la aplicación de la fuerza para que declare contra sí mismo desecha la posibilidad de que el investigado o procesado tenga obligación alguna de coadyuvar con el Estado para proporcionarle insumos procesales probatorios que sean utilizados en su contra. En otras palabras, la persona jurídica no puede constituirse en la fuente de donde se extraigan los

Glass Co. v. Lancegaye Safety Glass Ltd" (1934), de la High Court (King's Bench Division), del año 1939 confirmaron a plenitud el derecho de las personas jurídicas a no auto incriminarse por la posibilidad de acarrearle consecuencias de responsabilidad penal.

elementos probatorios que se conviertan en instrumentos procesales que fundamenten su propia responsabilidad penal.

El investigador chileno Héctor Hernández Basualto¹³¹, en un interesante trabajo sobre el tema, concluye que el derecho a la no autoincriminación comprende dos posicionamientos que deben ser respetados: el primero se refiere al derecho a guardar silencio y el segundo, a no ser compelido ni forzado a entregar al fiscal elementos de inculpación como objetos, documentos declaraciones, versiones o testimonios. Tampoco debe ser conminado bajo ningún tipo de amenaza o coacción física o psicológica, a realizar actos que puedan ser considerados importantes para el esclarecimiento del hecho y para determinar la responsabilidad del procesado. Queda la duda todavía si la información de la persona jurídica que entrega a la administración tributaria en los procesos administrativos puede servir de base para una imputación penal por el delito de evasión de impuestos o defraudación tributaria. Consideramos que esta entrega jamás puede ser vista como un acto de colaboración voluntaria que conlleve a una futura imputación penal, sino por el contrario, podría servir para el inicio de un proceso administrativo, pero no penal¹³².

Esta posición refleja un estado actual del debate en nuestro país sobre si la persona jurídica, sujeta de derechos fundamentales, tiene derecho a la misma protección de la que goza la persona física en relación con el principio de la prohibición de la autoincriminación. O en su defecto, declinar este derecho en beneficio

131.- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015). "¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?". Revista de derecho (Valparaíso) versión On-line ISSN 0718-6851 Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso No. 44 Valparaíso jul. 2015. Ver en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100007

132.- GIMENO BEVIA, G. (2016:234). A criterio de este autor en España la circular de la Fiscalía

General I/2011 considera que si se puede admitir estos documentos como material idóneo para el inicio de un juicio penal porque de lo contrario sería colocar a las personas jurídicas entre los facultados a no prestar colaboración con el estado. Algo que en Ecuador no tendría fundamento constitucional.

de su obligación de colaborar con los requerimientos de información del Estado justificado por su condición de creador de la persona jurídica.

En sentido estricto, el criterio utilizado por la jurisprudencia norteamericana, sobre el acto de acogimiento al derecho a no inculparse es un acto reservado estrictamente a las personas físicas, que por ser un derecho personalísimo, no pueden ejercerlo a favor de las personas jurídicas a las que representan. Las personas morales actúan a través de las personas físicas cuyos actos son equivalentes a los actos de las corporaciones, aunque nadie duda que es una construcción conceptual ficticia¹³³. Es precisamente esta supuesta equivalencia la que permite preguntarnos si la prohibición de la autoincriminación de las personas jurídicas puede concretarse a través de las personas naturales.

En otras palabras, queda en duda si las personas físicas que comparecen en un proceso penal representando a la persona jurídica pueden negarse a proporcionar información que pueda significarle responsabilidad penal a la corporación. En el modelo vicarial extremo como el nuestro la actuación de la persona física, representante de la jurídica, se asimila como si fuera actuación de la corporación. De modo que, si se pretende obligarlo, bajo amenaza incluso del desacato, a la entrega de documentos o evidencias a la fiscalía se estaría incurriendo en la violación de este principio.

Lastimosamente la carencia de instrumentos procesales aplicables a las personas jurídicas obliga una homologación con los derechos fundamentales de las personas físicas, tal como lo reconoció la Corte Constitucional. Este aspecto nos conduce a integrar aquellos derechos individuales a los mecanismos de

133.- GASTON INCHUASTI, F. (2012: 138). Porque evidentemente la persona jurídica no presta personalmente su declaración sino por medio de una persona física, aunque siempre corra el peligro que Fiscalía lo convoque como testigo y de esa forma anular la representación a la persona física. Dice el autor que para evitar esta trampa, cualquier persona que pertenezca a la persona jurídica puede comparecer en su representación.

defensa del ente corporativo. El problema se presenta cuando la aceptación de su participación en el ilícito lo hace de manera voluntaria. Para la persona física el reconocimiento voluntario no es sino un acto proveniente de su propia autonomía de la voluntad. Pero el reconocimiento del mismo hecho reconocido por el representante de la persona jurídica, como hecho de la corporación, no es producto del dominio de su voluntad ni de la existencia de una supuesta libertad de aceptación del hecho porque existiría un desdoblamiento de la calidad en la que comparece¹³⁴. Falta una normativa pública y privada que marque los límites de la representación de la persona natural en relación con las atribuciones del representante en la comparecencia en el proceso penal.¹³⁵

El reconocimiento voluntario de los hechos del representante de la corporación no pueden constituirse, para el tribunal penal, en

134.- GARAU ALBERTÍ, CRISTINA. (2017). "Derecho a no auto incriminarse de la persona jurídica".

En Diario La Ley, Nº 9032, Sección Tribuna, 1 de Septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer. Frente a esta imposibilidad de desdoblamiento, una forma de zanjar este problema encontramos en los comentarios de esta jurista. Dice ella que "...No obstante, debe tenerse en cuenta la naturaleza singular de la persona jurídica, pues, aunque soy partidaria de atribuir los derechos y garantías del Artículo 24 CE (LA LEY 2500/1978) a la persona jurídica, resulta claro que para ello tiene que llevarse a cabo una humanización de la persona jurídica. Ello comporta que persona jurídica y persona física que la representan se conviertan en una realidad inescindible (30), por lo que tiene que protegerse a uno a través del otro. Es decir, el derecho a no auto incriminarse de la persona jurídica, quedaría vacío de contenido en caso de que no se protegiese del mismo modo, a la persona física que la representa..."

135.- GIMENO BEVIA, G. (2016; 234). Para este autor es claro y no encuentra mucho problema en esta

situación. Le preocupa otro hecho, cuando determina que "...si la persona jurídica puede ser sujeto pasivo del proceso penal, lo ha de ser a todos los efectos, es decir, con todos los derechos y garantías procesales. El derecho fundamental a no auto incriminarse es absolutamente predicable por las sociedades en el proceso penal pero choca frontalmente con el deber de colaboración con la administración en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador..."

el fundamento de la responsabilidad porque de acuerdo con el Artículo 507, núm. 1ero. COIP el testimonio del procesado siempre es medio de defensa, y no un instrumento de incriminación, lo que conduce a que, aun en el evento de que la persona jurídica se declare autora del delito que se le imputa, el fiscal no queda liberado de practicar los actos procesales probatorios suficientes con los cuales el juez o tribunal deben fundar la imputación. Así lo determina el Artículo 509 COIP prohibiendo con ello que la admisión de los hechos por parte de la persona jurídica, a través de su representante, sea el argumento básico de determinación de la responsabilidad penal.

2. La orden de entregar documentación al representante de la persona jurídica viola el principio de prohibición de la autoincriminación.

En relación con la entrega de documentos o elementos probatorios exigidos por el juez al representante de la persona jurídica y que con seguridad servirían para determinar su responsabilidad penal, la legislación penal ecuatoriana no tiene disposiciones claras y precisas. Sin embargo, creemos que existe alguna limitante que permitiría entregar una documentación específica que el representante legal de una corporación no pueda negarse a entregar bajo el pretexto del menoscabo a la prohibición de la autoincriminación. Nos referimos a la información que no es exclusiva de la persona jurídica sino que, dada su naturaleza y la obligación de rendir cuentas al Estado en relación con la finalidad social de su objeto, es información que jurídicamente debe entregar a los organismos de control (Artículo 20 y 23 de la codificación de la Ley de Compañías que exige la presentación cuatrimestral de los balances; o las obligaciones de las corporaciones y fundaciones de entregar toda la documentación requerida por el Estado según lo establece el Artículo 7, núm. 3 del Reglamento para el Funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas, Decreto 16).

En otras palabras, el representante está conminado legalmente a entregar, bajo el apercibimiento de un delito de desacato, únicamente la documentación que por ley le correspondía entregar a las instituciones del Estado y no otra documentación que no pertenezca a este grupo y peor aún otra información autoincriminatoria de la que la persona jurídica es custodio o es información que pertenece a terceros. Esta afirmación, debemos reconocer, carece de sustento legal y jurisprudencial en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, en Europa el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos considera que no pueden ser utilizadas en un proceso penal información autoincriminatoria proporcionada por la persona jurídica en otros procesos administrativos¹³⁶. Aspecto con el cual estamos de acuerdo porque recoge en síntesis el modelo de protección a los derechos procesales de las personas jurídicas adoptado por nuestro país hasta que en el futuro no aparezcan otros desarrollos legales o jurisprudenciales.

3. El representante de la persona jurídica no puede ser testigo de la Fiscalía

Este sistema descarta de plano la posibilidad de que el representante de la persona jurídica, ante su negativa a proporcionar información a la fiscalía en uso del legítimo derecho a la no autoincriminación, pueda ser llamado en calidad de testigo en el mismo proceso. Esta dualidad en la calidad de los testigos no es aceptada en el COIP porque en el Artículo 501 diferencia claramente quienes pueden rendir testimonio: la víctima, la persona procesada y las otras personas que han presenciado el hecho o conocen de las circunstancias de la comisión de la infracción penal. Comparece únicamente en calidad de procesado o com-

136.- HERNÁNDEZ, G. (2010): "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables". En: Diario La Ley, N° 7427, Sección Doctrina, 18 Jun. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY. Recuperado del sitio: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin36/Articulos_36/estatuto_procesal.pdf

parece en calidad de tercero, pero nunca como un sujeto procesal que reúna ambas cualidades. En este sentido está redactado el Artículo 503, núm. 1 del COIP cuando estipula que solo los terceros que no sean partes del proceso serán obligados a comparecer personalmente a rendir su testimonio.

III. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL COIP

A. Breves antecedentes

El paradigma del monopolio del Estado en el ejercicio de la potestad de castigar los delitos es una constante presente desde la superación del sistema de la venganza privada medieval. El principio de legalidad es determinante para el inicio del proceso penal si se verifican los presupuestos comisivos de un delito. La noticia criminis que por varias vías llega a conocimiento de la Fiscalía arranca un proceso investigativo previo que de reunir los elementos de convicción suficientes que comprueben la existencia del delito y la vinculación de una persona física con éste da lugar al inicio del proceso penal correspondiente con la respectiva audiencia de formulación de cargos, asumiendo la obligación de continuar e impulsar el proceso hasta su finalización. En el actual COIP el legislador introdujo una excepción que relativiza las obligaciones del Fiscal para impulsar de oficio el proceso. Se trata del Principio de Oportunidad (Artículo 412 COIP) tomado del sistema jurídico anglosajón en el que, frente a la comisión de ciertos delitos, queda a criterio del fiscal el inicio un proceso penal o la declinación de continuar el ya iniciado.

Es la materialización del Principio de Mínima Intervención penal consagrado en la Constitución de la Republica Artículo 195) y en el Artículo 3 del COIP.

La adopción del principio de oportunidad para el inicio o declinación del proceso penal obedece a razones de orden práctico relacionadas con la selectividad del sistema penal para escoger solo las conductas de mediana y máxima gravedad para los bie-

nes jurídicos, la descongestión del sistema judicial y la sanción natural que se deriva de las circunstancias del delito y que afecta los intereses del procesado. En efecto, no podía seguirse con un sistema que no solo agotaba la caja fiscal y los esfuerzos de los jueces y fiscales que concentraban el grueso de sus actividades a tareas de investigación y juzgamiento de delitos de escasa relevancia para el interés público.

El Artículo 412 del COIP refiere los presupuestos legales que el Fiscal y el juez de garantías penales deben exigir que se cumplan antes de abstenerse de iniciar una acción penal o desistir de la iniciada. Estos presupuestos son:

1. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado.
2. En las infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.
- 3.- La Fiscalía no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia.

B. Principio de oportunidad y el proceso penal contra las personas jurídicas

Si trasladamos el principio de oportunidad y el principio de igualdad procesal hacia las personas jurídicas, entendidas como sujetos titulares de derechos fundamentales, el principio de oportunidad debería también aplicarse a los casos en los cuales el

procesado sea la persona corporativa. Dentro de un amplio espectro de justificaciones igualmente válidas para las corporaciones, podríamos resumir en dos las razones por las cuales es necesaria la aplicabilidad de este principio en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: en el derecho a mantener el buen nombre y el prestigio ganado; y en la existencia de un mínimo interés público en la penalización de ciertas conductas realizadas por las personas morales.

Pero además se debe tener en cuenta que la naturaleza del modelo de imputación de responsabilidad derivada adoptado por el COIP exige que la aplicación del principio de oportunidad no tiene el mismo momento procesal para la persona jurídica que el previsto para la persona física. Como ya argumentamos anteriormente, el sistema vicarial extremo obliga a que la Fiscalía inicie un proceso penal posterior al proceso condenatorio en contra de la persona jurídica (dualidad procesal). En este momento el Fiscal podrá aplicar el principio de oportunidad y abstenerse de iniciar la acción en contra de la corporación quizá fundamentado en la mínima trascendencia social del delito cometido por la persona física y/o por el escaso poder simbólico—preventivo de la sanción a imponerse a la persona jurídica.

1. El derecho al prestigio y buen nombre de las personas jurídicas

De las experiencias de los países europeos se puede extraer conclusiones que son indispensables reflexionarlas para poder sustentar una excepción al principio de legalidad en la persecución criminal a las personas jurídicas. La capacidad de disposición de la Fiscalía para abstenerse de iniciar una acción penal publica o desistir de la ya iniciada tiene íntima relación con un aspecto que podría constituirse en un factor incluso de supervivencia futura de la organización. Este factor está relacionado con el peligro de afectación al prestigio y al desvalor de las actividades sociales que pueden experimentar las personas jurídicas a consecuencia del inicio de un proceso penal en su contra

o a consecuencia de la imposición de una penalidad que tiene mucha más dañosidad en su integridad que en la característica de ínfima o grande que pueda ser.

La imagen institucional sumada a la presión proveniente de los medios de comunicación, de opinión pública y del mismo proceso penal corporativo pueden ser factores determinantes para la existencia misma de la persona jurídica. Este aspecto no toma en cuenta el efecto social de las circunstancias agravantes que pueden resultar del contexto en el que se cometió el delito y de los agentes que participaron en el mismo. La imputación penal a la persona jurídica da lugar a consecuencias que en primer lugar afectan considerablemente los ingresos económicos o las actividades sociales de la corporación.

La disminución de ventas, la reducción de clientes o usuarios de sus actividades, la pérdida de confianza en el sistema financiero así como la caída de la cotización de sus acciones en las bolsas de valores pueden traducirse en despidos de trabajadores, disminución de impuestos al Estado, pérdidas para los socios o accionistas, disminución de compras y gastos que a su vez afectan a terceros ubicados por fuera de la persona jurídica.

Estar imputada penalmente constituye para la persona jurídica una situación de desventaja posicional y competitiva en el mercado, sin tomar en cuenta la imagen de la corporación o de la empresa que resultará afectada gravemente por estar involucrada en un proceso penal. El daño se potencializa si tomamos en cuenta que el prestigio de una persona jurídica dañado no se puede recuperar de la noche a la mañana. Cuesta años y hasta décadas cuesta ubicarse o recuperar un primer plano ganado por la corporación a lo largo de un determinado tiempo¹³⁷. La

137.- En España la Circular I/2011 ya advertía de los riesgos incluso de una imputación falsa o

defectuosa de la Fiscalía. Dice por ejemplo "...De ello se deriva la especial diligencia con que los Sres. Fiscales evalúan y emiten informe en relación con la admisión e inadmisión de querellas interpuestas en el ejercicio de

penalidad de la empresa o corporación en procesos penales podrían eventualmente evitarse a fin de prevenir daños sociales y económicos mucho más graves, cumpliendo la misma finalidad preventiva que la pena, con la aplicación fiscal del principio de oportunidad sin que esto signifique la entrada o puerta abierta a un sistema de impunidad corporativa bajo el gratuito pretexto de evitar males mayores por la acción de la justicia.

Tengamos en cuenta que una imputación penal directa, con los suficientes o insuficientes resguardos probatorios puede tener connotaciones muy negativas en la imagen corporativa pensando que en muchas ocasiones la imagen corporativa constituye el activo más importante de una corporación¹³⁸.

2. La falta de interés público.

El Artículo 195 de la Constitución de la República establece que la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal. La Fiscalía tiene como finalidad el ejercicio de la acción penal pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

las previsiones de los arts. 312 y 313 de la LECr. En este sentido, deberá ponerse particular atención a los procedimientos que se sigan contra sociedades cotizadas, entidades financieras y de seguros y empresas de cualquier sector que cuenten con trabajadores en plantilla, a fin de evitar las consecuencias nocivas y en algún caso irreversibles derivadas de lo que en términos económicos se denomina riesgo reputacional, en la medida en que procedan de imputaciones penales formuladas en ausencia de unos mínimos datos incriminatorios...”

138.- NEIRA PENA, ANA M. (2018) “ La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal

en los ordenamientos chileno y español”. Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte (en línea) 2014, 21 (Fecha de consulta: 21 de junio de 2018) Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041329005>> ISSN 0717-5345

El interés público es sinónimo de "interés social", de "interés común", de "interés general", e incluso de "utilidad social". Al ser términos que no se encuentran plenamente definidos en una primera noción aproximativa nos acerca a un significado opuesto, como es, el interés individual. Varios autores coinciden en que el interés público tiene raigambre en el sistema liberal y personalista, muy distinto del autoritario, proveniente de la lucha dialéctica con el interés de la colectividad. El mismo artículo en forma implícita menciona lo que es el "interés del Estado" y lo que constituye el "interés público", denotando una clara diferenciación.

Escola, citado por Carlos Andrés de Cores y Juan Manuel Cal, define al interés público como "...el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos"¹³⁹.

Según esta definición, los intereses individuales cuando son coincidentes y compartidos por la mayoría de ciudadanos, y cuando esos intereses tienen una finalidad suprema para la sociedad, se convierten en interés público, sin que signifique una pérdida o disminución de los derechos fundamentales de las personas físicas sino que, al contrario, viene a constituir un claro beneficio para el interés individual que por coincidencias y consensos sociales, al transformarse en interés público, consigue sus finalidades propuestas.

139.- CORES, C. y CAL, J. (2007:131-140). "El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa". Revista de derecho. Año 6, Nº. 11, 2007. Ver en internet <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf>

En esta línea, el interés público viene a expresar una situación de satisfacción social en la administración de justicia cuando ésta es activada por la comisión de un delito de carácter corporativo y que vienen a su conocimiento por cualquiera de los mecanismos de aviso estatuidos en COIP. Se activan los resguardos fiscales y debe iniciarse un proceso penal en contra de las personas naturales de haber méritos probatorios. La Fiscalía tiene la atribución legal de valorar las circunstancias en las que se cometió la infracción penal y decidir si inicia o no un proceso penal, pese a la existencia de indicios probatorios que atribuyen la comisión de la infracción a una persona jurídica. Como analizamos anteriormente, los presupuestos de aplicación del principio de oportunidad se encuentran dentro de la ley, Artículo 412 COIP, entre los cuales menciona un condicionante que determina la aplicación de este principio, y se refiere a las conductas que no comprometan gravemente el interés público.

De ello podemos deducir que el interés público tiene una relación directamente proporcional a la gravedad del delito cometido. A mayor daño a los bienes jurídicos protegidos por el Estado más grave es el delito y consecuentemente menos probabilidad de aplicación del principio de oportunidad para el procesado. En nuestra legislación penal, en el COIP al carecer de un estatuto jurídico para el procesamiento de las personas jurídicas no contempla la gama de circunstancias agravantes o atenuantes específicas, sino que se aplicarían las de carácter general diseñado para las personas físicas, en lo que pudiere ser aplicable. La única excepción la encontramos en el Capítulo Cuarto del COIP que tiene que ver con los delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama.

En efecto, en el Artículo 259 se establece la única atenuante aplicable solo para los delitos tipificados en este capítulo y que concretamente se refiere a los delitos contra la biodiversidad, contra la flora y fauna silvestre, contra los recursos del patrimonio genético nacional, en la contravención de maltrato y muerte de mascotas o animales de compañía, en los delitos contra los

recursos naturales, delitos contra la gestión ambiental como la gestión prohibida y no autorizada de productos, residuos, derechos o sustancias peligrosas y en los delitos de falsedad u ocultamiento de información ambiental. El mencionado Artículo prescribe que se podrá reducir hasta un cuarto de las penas contenidas en este capítulo, cuando la persona que ha cometido la infracción, adopte las medidas y acciones que compensen los daños ambientales, previa calificación y seguimiento de estas acciones por parte de la autoridad ambiental.

Es decir, que la existencia de un interés público que resguardar a la hora de procesar penalmente a la corporación, sea después del proceso en contra de la persona física (dualismo procesal), o en el proceso en contra únicamente de la persona física (monismo procesal), en ambos casos, y en diferentes momentos procesales, debe necesariamente contemplar la verificación de un conjunto de hechos como el comportamiento de la persona jurídica antes del proceso, el compromiso de reparación al daño ocasionado, la denuncia del delito proveniente de los mismos estamentos de la empresa o la colaboración efectiva y eficaz con las actividades investigativas de la Fiscalía para el esclarecimiento del hecho. Esta atenuante especial que se encuentra tipificada aparte de las de carácter general, bien puede servir como criterio orientador y sustentador de la Fiscalía para la aplicabilidad del principio de oportunidad sin menoscabar el principio de igualdad ante la ley, sin que signifique una aplicación desentonada del principio de discrecionalidad.

Si los fines que se persigue al permitir jurídicamente procesar penalmente a las personas jurídicas en el Ecuador nos conducen a la búsqueda de estatus preventivos, esta misma finalidad es perfectamente efectiva sin necesidad de iniciar o continuar con el enjuiciamiento penal en contra de la corporación porque conlleva el efecto de reducir hacia niveles ínfimos lo que habíamos definido como el interés social o el interés público en la aplicación del poder sancionatorio del Estado, sin considerar el

beneficio por la simplificación procesal y la reducción de costos de la administración de justicia.

En los Estados Unidos, afirma GIMENO BEVIÁ¹⁴⁰ existen las guías de entendimiento o “prosecutorial guidelines” que son un conjunto de directrices no regladas sino sugeridas a los fiscales que contienen criterios para decidir el inicio de un proceso penal en contra de las personas jurídicas y que permiten una flexibilidad para administrar el interés público, enjuiciando o no a las corporaciones frente a un delito y cuya aplicación implica un ahorro económico y una solución que puede considerarse justa tanto para la empresa como para el Estado.

Los criterios que manejan los fiscales y que constan entre los “Principles of Bussines Organizations”, para negociar o para iniciar una acción penal en contra de las personas jurídicas son: la naturaleza y gravedad del delito, generalización del inicio del delito dentro de la empresa incluyendo la complicidad o el perdón por parte de los directivos de la empresa; historial de la empresa respecto del mismo delito, incluyendo antecedentes penales, civiles y administrativos; la oportuna y voluntaria divulgación del delito y la cooperación de la empresa en la investigación; la existencia de la efectividad del programa de cumplimiento adoptado en forma previa a la comisión del delito; las acciones reparadoras; las consecuencias colaterales en los accionistas, empleados, titulares de pensiones y el impacto en la opinión pública; la idoneidad del procesamiento de los individuos responsables del delito y la idoneidad de las medidas de reparación civil o administrativa¹⁴¹.

Como vemos, en Norteamérica existe una diversidad muy amplia y un abanico de circunstancias que pueden ser objeto de evaluación previa por parte de la Fiscalía. Lamentablemente en la legislación ecuatoriana cae más dentro del ámbito de la libre

140.- BEVIÁ JORDI, G. (2016:188-220). “Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas”. Pamplona: Thomson Reuters.

141.- BEVIÁ JORDI, G. (2016:188-220).

discrecionalidad del Fiscal antes que en la aplicación literal del principio de oportunidad.

3. Momentos procesales diferentes para la aplicación del principio de oportunidad

De la aplicación del principio de oportunidad se puede deducir si es socialmente rentable iniciar o desistir de un proceso penal en contra del ente corporativo. El modelo de imputación penal vicarial extrema del Artículo 49 del COIP requiere como presupuesto de procedibilidad una declaración previa de culpabilidad, en la que se condena a la persona física, para el inicio formal de la acción penal en contra de la persona jurídica. También podría aplicarse la solución que otorga el monismo procesal que significa un enjuiciamiento único de la persona física que podría tener como consecuencia la sentencia de responsabilidad de la persona física trasladada al mismo tiempo a la persona jurídica. Solo en este caso, el proceso en contra de la persona jurídica puede tener la posibilidad de ser objeto de una inhibición o desistimiento por parte de Fiscalía, o a su vez, del archivo de la investigación en aplicación de criterios de interés social, economía procesal y de exaltación al principio de mínima intervención penal previsto en el Artículo 2 y Artículo 412 COIP.

La cuestión importante es verificar si es posible que sin la previa declaratoria de responsabilidad penal de la persona física, la persona jurídica pueda beneficiarse legítimamente de la aplicación del principio de oportunidad. Personalmente creo que el inicio de una investigación previa en contra de las personas físicas y jurídicas contemplada en el Artículo 580 es procedente porque la finalidad de la actuación fiscal es realizar las investigaciones correspondientes para potenciar una futura formulación de cargos. Si encuentra mérito para ello únicamente podría hacerlo en contra de las personas físicas porque para las personas jurídicas se necesitaría el fundamento procesal de la declaratoria de responsabilidad de las personas físicas como filtro de acceso a

la persona corporativa. En conclusión, no existe la posibilidad de un enjuiciamiento conjunto porque la persona jurídica de acuerdo al Artículo 49 COIP no puede ser procesada en forma independiente de la persona física. En este sentido archivar la investigación no revestiría de problema alguno.

C. El procedimiento abreviado y las personas jurídicas

El procedimiento abreviado es una forma de resumir o acortar el proceso penal que procede cuando, entre otros requisitos, el procesado acepta las imputaciones realizadas por Fiscalía a cambio de un beneficio sustancial en la imposición de la pena. El acto de aceptación, dice el magistrado VIGIL LEVI¹⁴², es "... la aceptación de todos los extremos contenidos en el escrito de acusación de mayor gravedad: hechos, calificación jurídica, responsabilidad penal y responsabilidad civil..." que conlleva un ejercicio demostrativo de la declaración de voluntad del procesado y un acto legítimo procesal de defensa.

En España el procedimiento abreviado se asemeja a la institución procesal denominada conformidad, no es sino un ejercicio de libertad de defensa por el cual el procesado se deja "...seducir por los beneficios materiales y procesales que pueda obtener en la sentencia condenatoria...".¹⁴³ Es aplicable a las personas jurídicas por el principio de igualdad de derechos procesales reconocido constitucionalmente.

142.- VIGIL LIBI, J. (2012:2). "La institución de la conformidad en el proceso penal español". Correspondende à comunicação apresentada nas II Jornadas de Direito Penal dos Açores, que aconteceram no dia 13 de Julho de 2012, na cidade de Ponta Delgada, subordinadas ao tema "Acordos sobre a Sentença Penal". Recuperado de sitio <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Jacobo-Vigil-Levi-La-instituci%C3%B3n-de-la-conformidade-en-el-proceso-penal-esp%C3%B1ol.pdf>

143.- RODRIGUEZ GARCIA, NICOLAS. (2017: 178). "La conformidad en el proceso penal de las personas jurídicas". En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (dir), NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 413 a 421).

En nuestra legislación penal, es un procedimiento especial que lo encontramos reglado en el Artículo 635 del COIP. No contiene una definición de tal proceso, pero describe los presupuestos que lo caracterizan como un procedimiento de sustanciación rápida con obtención de sentencias en la misma audiencia de formulación de cargos, que es la audiencia con la que se inicia el proceso penal. Esta especie de terminación anticipada del proceso debe reunir los siguientes presupuestos: 1). Que se trate de infracciones sancionadas con pena máxima privativa de libertad de hasta diez años y 2). La propuesta del fiscal podrá presentarse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. 3). Que la persona procesada deberá consentir expresamente tanto la aplicación de este procedimiento como la admisión del hecho que se le atribuye. 4). La defensa acreditará que la persona procesada haya prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos constitucionales. 5). La existencia de varias personas procesadas no impide la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado. En ningún caso la pena por aplicar podrá ser superior o más grave a la sugerida por la o el fiscal.

Siendo un procedimiento voluntario en el que el procesado acepta su participación en el delito a cambio de una pena mínima, el Fiscal no se libera de la exigencia legal de disponer con los suficientes elementos probatorios o de convicción que justifique la imposición de una pena no menor a un tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal. El Artículo 509 del COIP prescribe que el Fiscal no quedará liberado de evidenciar en la misma audiencia los actos procesales que demuestren la existencia del delito y responsabilidad de procesado, más allá de la aparente suficiencia probatoria que significaría la sola aceptación directa de la participación en la comisión del hecho.

Recordemos, las declaraciones del procesado son instrumentos de defensa y no sustento o fundamento de acusación o sentencia alguna en su contra, por lo que el juez, previa la emisión de su decisión aprobatoria del procedimiento abreviado, debe

esperar de la Fiscalía la presentación de suficientes elementos de convicción que conlleven a una presunción fundada de que el procesado es autor o cómplice del delito objeto del procedimiento, caso contrario si el Fiscal simula tener evidencias suficientes el juez de garantías penales no aprobará dicho acuerdo (Artículo 639 COIP) por la real posibilidad de fraude o engaño al procesado por parte de la Fiscalía al obligarlo aceptar una condena y una pena por hechos que no están evidenciados.

En el caso de las personas jurídicas, el primer escollo difícil de superar es el relacionado con la persona física que, a nombre de ella, acepte la responsabilidad o la participación en el hecho objeto del proceso. El COIP nada dice al respecto. Pero debería entenderse que el representante o el procurador se encuentran investidos de legitimidad para expresar, como persona jurídica, su voluntad de sometimiento abreviado y de participación¹⁴⁴.

Pero vayamos por partes. El procedimiento abreviado presupone que la persona jurídica está siendo procesada por un hecho delictivo suyo. Si no es procesada la corporación mal puede acogerse a este procedimiento. En nuestro sistema procesal vicarial extremo la única oportunidad de que la persona jurídica se acoja a este procedimiento sería en el proceso posterior que se inicie después de establecida la responsabilidad de la persona física; y la conformidad debería referirse a los cinco únicos hechos que puede verificarse en este mini proceso: verificar si se trata de una persona jurídica y no de hecho, que se trata de una persona jurídica de carácter privado y no público, la aceptación de que

144.- GIMENO BEVIA, G. (2017: 216-217): "Problemas y alternativas a la conformidad de la persona jurídica en el proceso penal". En pág. 87 a 110, En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (dir.), Y NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 215 a 226). En la legislación española el encargado de dar la conformidad con este tipo de procedimientos es el representante legal con poder especial porque supone una declaración expresa de la sociedad para realizar tal acto. El juez debe estar en la obligación de investigar la autenticidad de este poder especial porque la resolución pone fin al proceso.

la persona física condenada es un funcionario-trabajador-tercero contratista, que es un delito propio de las corporaciones y que además el ilícito le ha reportado beneficios a la corporación. Ningún otro hecho validaría esta aceptación porque la persona jurídica no está siendo juzgada por el delito cometido por la persona natural sino únicamente por cumplir los presupuestos de la imputación del Artículo 49 COIP.

Aceptar la participación en el hecho factico, como requisito previo al procedimiento abreviado, implica un acto de pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad y una expresión de la libertad individual para reconocer la autoría o la simple participación en el hecho. Pero una aceptación o conformidad realizado por su representante legal no implica un ejercicio garantizado de la voluntad del ente ficticio toda vez que este acto de aceptación conlleva a comprometer los intereses directos de otros actores de la corporación como son los socios, empleados, trabajadores, clientes, proveedores y acreedores. Sin olvidar además que es la aceptación de hechos de terceros como si fueran hechos propios..

Nuestro sistema de responsabilidad penal corporativo exige la sentencia en contra de una persona física concreta infractora como acto previo al establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Es decir, son actos de terceros los que generan la acción penal en contra de las corporaciones. Por lo tanto, en el primer proceso penal si la persona física infractora se acoge a un procedimiento abreviado, la sentencia que le impongan se ejecutará en su propia individualidad y no podrá ser transferida automáticamente a la persona jurídica porque nuevamente violaría importantes principios y garantías del debido proceso¹⁴⁵ como es el derecho a la defensa, al principio de personalidad de las penas, a un juicio justo, al mismo principio de culpabilidad.

145.- MONTERO AROCA, JUAN (2015: 86-87). "El principio acusatorio entendido como eslogan político". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp>.

En el procedimiento abreviado solicitado por la persona física, aceptado por el juez, la sentencia sería válida únicamente para la persona individual y el proceso continuaría para la persona jurídica, en espera de la demostración únicamente de la existencia de los cinco presupuestos antes anotados. Verificados estos presupuestos, según el modelo del Artículo 49 COIP, se transfiere la responsabilidad a la persona jurídica. Por lo tanto el procedimiento abreviado para las personas jurídicas es inaplicable y de imposible realización en el sistema de responsabilidad por transferencia, en parte por la inexistencia en el COIP de suficiente normativa reguladora de la penalidad corporativa en el evento de que se permitiere el procedimiento abreviado. Incluso de darse esa posibilidad, un tercio del mínimo de la pena es completamente ajena a la naturaleza de la penalidad colectiva descrita en el Artículo 325 COIP como son la multa, la clausura y la extinción de la persona jurídica.

La aplicación de un tercio como pena privativa de libertad para quienes sean favorecidos con la aceptación del procedimiento abreviado no tiene sentido lógico ni natural de aplicabilidad para

v1i1.4 Este término debe ser entendido como aquel que se refiere a que el Derecho penal debe ser aplicado únicamente por medio de un proceso. El debido proceso no hace alusión a la existencia de algo contrario sino a que el procesado debe ser juzgado por un proceso que ya está preestablecido por la ley y la constitución, y no por otro que se vayan inventando en el enjuiciamiento. Dice el autor que igual aplicación se puede hacer al término "acusatorio" que tienen connotaciones que las aceptamos sin más. Textualmente dice "... Después de tantos años de hablar y de escribir hasta el agotamiento del principio, sistema o proceso acusatorio podemos seguir repitiendo en la actualidad que la expresión (y las similares que contengan la palabra acusatorio) carece de eficacia definitoria y que con la misma no se delimita con precisión un concepto concreto, ni se da precisión a una garantía determinada del proceso penal. Debemos, pues, reiterar una y otra vez que el llamado proceso acusatorio no es más que un verdadero proceso, con sus principios esenciales, mientras que el llamado proceso inquisitivo no existe como proceso. Hablar hoy de principio acusatorio (o de cualquiera de las variantes de la expresión en las que se alude a lo acusatorio) carece realmente de precisión técnico jurídica y es sólo una manera de hablar propia de políticos..."

la corporación, evidenciándose con ello que la arquitectura de este procedimiento no fue pensada para las personas jurídicas. Si el representante legal está siendo procesado no existe norma expresa que solucione este problema por cuanto el abogado muy difícilmente podrá sustituirlo si no cuenta con una procuración o con poder especial autorizado para transigir.

Un procedimiento abreviado en estas condiciones, es decir, en el posterior proceso que se inicie exclusivamente en contra de la persona jurídica podría ser factible. La Fiscalía al ser titular del ejercicio de la acción penal publica está facultada para aplicar el principio de oportunidad previsto en el Artículo 412 COIP y acordar con la persona jurídica un tipo de pena reducida en el marco de lo establecido por el COIP para este tipo de acuerdos, si acepta la participación en los actos que constituyen el presupuesto de "participación", no en el delito, sino en actos que no tienen relevancia penal. En otras palabras, dice Nicolás Rodríguez, "... una conformidad no entendida como una confesión o admisión de hechos propios, sino ante la asunción de una culpabilidad por parte del ente a través de su representante con la clara -y única- finalidad de evitar la celebración del juicio oral y los efectos anejos a la misma. Una justicia penal a la carta dependiente del acuerdo al que puedan llegar las personas jurídicas con la acusación..."¹⁴⁶.

De darse el procedimiento abreviado en estos términos violaría muchos derechos procesales fundamentales del debido proceso establecido en la Constitución de la República porque se condenaría a la persona jurídica por hechos que no cometió. Se aceptaría fraudulentamente una declaración de la comisión de hechos, por parte de la persona jurídica, que no son relevantes penalmente, a cambio de una pena que a simple vista sería constitucional. Olvida que las personas jurídicas y las personas físicas son titulares de los mismos derechos fundamentales establecidos en la Constitución aunque, para ciertos casos, resul-

146.- RODRIGUEZ GARCIA, NICOLAS. (2017: 186).

ten inaplicables por la diferente naturaleza las corporaciones.¹⁴⁷. Se dan casos, dice BEVIÁ, en el que acuerdos de conformidad en España pueden resultar perjudiciales a la persona jurídica y beneficiosa a la persona física. Es decir, existe un sacrificio a los intereses de la corporación para salvar a la persona natural infractora.¹⁴⁸



147.- RODRIGUEZ GARCIA, NICOLAS. (2017: 214). El autor advierte que la equivalencia que la ley otorga a las personas físicas y jurídicas en temas como la conformidad, que se expresa en nuestro ordenamiento jurídico a través del procedimiento abreviado, no es de fácil aplicación puesto que las circunstancias diversas de los hechos y la naturaleza misma de la persona jurídica. No se puede sacrificar principios que definen un estado de derecho constitucional en aras de un pragmatismo que anula estas garantías.

148.- GIMENO BEVIA, G. (2017: 216-217): El autor cree que la conformidad o el procedimiento abreviado en nuestro caso, es utópica porque puede haber perjuicio manipulando a la corporación. Es cierto que la conformidad "...es una manifestación de la oportunidad ciertamente limitada, insuficiente para librar a la empresa del estigma de un proceso largo y difícil" - p.ej. caso Neymar 3 años- y que, a mayor abundamiento, se alcanza a través de una negociación paralela al proceso en el que no tienen en cuenta los derechos de la persona jurídica..." pero se debe proteger los intereses de la persona jurídica.

CAPÍTULO III

LA PRUEBA

I. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL CONTRA LA PERSONA JURÍDICA.

Procedamos hacer una breve referencia a la noción de proceso penal que manejamos en esta investigación, con el objeto de delimitar el escenario de la prueba como un problema que debemos dilucidar. En efecto, dice BINDER¹⁴⁹, un proceso penal es más que un simple conjunto de conductas realizadas por los sujetos procesales con la finalidad de comprobar la existencia de los elementos constitutivos de una infracción penal que justifique la imposición de una penalidad. Esta definición estrictamente formalista o descriptiva ignora otros elementos del contexto social en el que se desarrollan estas conductas y que han estado presentes históricamente en la construcción de los diferentes modelos procesales en el ámbito penal: la necesidad de establecer y confirmar una serie de garantías a favor de la libertad y de la dignidad humana frente al poder punitivo del Estado para que su actuación no sea arbitraria; y por otra parte, la eficiencia entendida en su significado de aplicación eficaz del poder punitivo en aras de asegurar a sus ciudadanos el goce de sus derechos y la efectiva realización del derecho.

Las tendencias predominantes que expresan la relación garantías - eficiencia se configuran a través de los diversos esquemas

149.- BINDER, A. (2009): "Introducción al derecho procesal penal". Buenos Aires: Editorial Ad – hoc (págs. 53–67).

procesales adoptados en la historia de cada sociedad. Es utópico, repite BINDER¹⁵⁰, esperar un perfecto equilibrio entre ambos factores.

A. Introducción al diseño constitucional del proceso penal ecuatoriano

Nuestra constitución aprobada por el voto popular en el año 2008 está estructurada sobre la base del principio de eficacia directa que pretende superar la histórica concepción formalista y degradada que, en la historia republicana, hacían de su contenido meros enunciados programáticos que las elites políticas y económicas se encargaban de volatilizarlos. El Artículo 424 establece que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de eficacia jurídica. El Artículo 11, núm. 3 reconoce que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de la parte.

Es decir, los derechos que la Constitución reconoce y garantiza se extienden más allá de su normativa interna y alcanza derechos consagrados en los convenios e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, cuyos contenidos son incorporados a la normativa nacional en el Artículo 424 CRE. Estos principios de respeto a la libertad y a la dignidad del hombre permean el diseño procesal penal desarrollado en el COIP desde la óptica de la organización social protegida por el Estado. Cuando la estructura del Estado se encuentra más cerca del individuo y de los colectivos más eficaz debe ser el sistema de garantías penales y procesales, porque desde un contexto garantista en última instancia no son otra cosa que los límites que el Estado

150.- BINDER, A. (2009: 68)

de derechos no debe sobrepasar cuando ejerce la potestad de administrar justicia con eficiencia y eficacia.

La Constitución en el Artículo 168 garantiza una administración de justicia independiente, autónoma, oral pública y gratuita, definiendo en el Artículo 169 al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia a la luz de los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal que harán efectivas las garantías del debido proceso y no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. El Artículo 10 y 11 de la CRE reconoce el derecho que tienen todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos de la titularidad, del ejercicio, de la promoción y del derecho de protección de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sin discriminación alguna.

En el Artículo 75, relacionado con los derechos de protección, la CRE reconoce a toda persona el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, sin que puedan quedar en la indefensión por ningún motivo. Este acceso a la justicia se lo realizara en el marco del respeto al debido proceso que contempla, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia del procesado, al principio de legalidad, a la exigencia legal y constitucional de las pruebas bajo la amenaza de declararlas ineficaces, al principio de favorabilidad, al principio de proporcionalidad entre delitos y penas. El Artículo 168, núm. 6, CRE, define la esencia del sistema procesal penal ecuatoriano porque prescribe que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; y el Artículo 609 del COIP determina que el juicio es la etapa principal del proceso que se sustancia sobre la base de la acusación fiscal. Sin acusación no hay juicio.

Entre las garantías procesales el Artículo 76, núm. 7, determina que el derecho a la defensa procesal incluirá el respeto a principios como la no privación del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. Consagra el principio de publicidad de los procesos salvo las excepciones de ley; a no ser interrogado por ninguna persona sin presencia de su abogado defensor; a contar con su abogado defensor o de no disponer de los recursos económicos a ser asistido por un defensor público; al ejercicio legítimo de su derecho a la contradicción de las pruebas; a no ser juzgados dos veces por la misma causa y materia; a comparecer obligatoriamente en calidad de testigo; a la motivación de las decisiones judiciales y públicas; a recurrir del fallo, a no empeorar la situación del impugnante cuando recurre del mismo ante el superior.

El Código Orgánico Integral Penal igualmente desarrolla y recopila los principios y garantías constitucionales como el reconocimiento de la dignidad humana que sirve de base al edificio del sistema penal. Establece que una de las finalidades primordiales del COIP es el constituirse en el límite al poder punitivo del Estado bajo la aplicación de principios como el de mínima intervención penal y los establecidos en el Artículo 5 del mismo cuerpo legal.

En efecto, el Artículo 5 del COIP contiene los principios procesales de legalidad, favorabilidad, duda en favor del reo, inocencia, igualdad, impugnación procesal, prohibición de empeorar la situación del procesado, prohibición de la autoincriminación, prohibición de doble juzgamiento, intimidad, oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, impulso procesal, publicidad, intermediación, motivación, imparcialidad, privacidad y confidencialidad, objetividad y otros que se encuentran implícitos en la normativa penal desarrollada, como el principio de culpabilidad.

B. Aspectos procesales de la prueba en el proceso penal

En realidad, el sistema actual de imputación penal a las personas jurídicas en Ecuador carece de un sistema de enjuiciamiento procesal particular y especializado que asegure por lo menos la aplicación de los presupuestos mínimos garantizadores. El legislador olvidó implementar en el largo trámite de aprobación del COIP una normativa que permita juzgar a las corporaciones fuera del ámbito individual. Utilizar un sistema ideado y estructurado en función del procesamiento de la persona física nos conduce a la utilización de criterios analógicos que desnaturalizan la aplicación de la ley en casos concretos en los que las corporaciones son la parte procesada. Institucionalmente es insuficiente la aplicación de las normas adjetivas del COIP para establecer la responsabilidad penal de las corporaciones sin que se dejen de utilizar criterios flexibilizadores de las garantías constitucionales. Tomemos en cuenta que existen varios fallos de la Corte Constitucional mediante los cuales se les reconoció derechos fundamentales a las personas jurídicas públicas y privadas en aplicación estricta del principio de igualdad y derecho al acceso a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, de ello el Artículo 440 del COIP considera como persona procesada a la persona natural o jurídica contra la cual el fiscal formule cargos, y tiene la potestad de ejercer todos los derechos que le reconoce la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta norma en solitario no significa un desarrollo legal que equipare en la práctica a las garantías procesales que tendría la corporación frente a la persona física, aspecto que se agrava ante la carencia de un desarrollo jurisprudencial o doctrinal aplicable a nuestro sistema.

Frente a este panorama de carencia procesal queda abierta la posibilidad que las instituciones del proceso penal destinadas al juzgamiento de las personas físicas sean las que se apliquen a las jurídicas con el fin de administrar justicia ante la manifiesta ausencia de ley. La aplicación del sistema individual al corporativo implica un procedimiento analógico de dudosa validez que

de ser aplicable se debería ejecutarlo con el más estricto apego a los derechos reconocidos a la persona jurídica.

Es aplicable para nuestro ordenamiento jurídico los comentarios de varios autores españoles hechos antes de la emisión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que subrayaban la necesidad de crear un marco jurídico procesal propio para el enjuiciamiento de las personas jurídicas. Al igual que en este caso es fundamental un procedimiento particular por dos razones: por el nivel de especialización que esta materia exige en abogados, jueces y magistrados y porque se necesita de medios de prueba y técnicas de investigación que la formación tradicional de los integrantes del sistema de administración de justicia y de las partes procesales no las tienen.

C. La carga de la prueba y las actuaciones fiscales

La carga probatoria y la actividad procesal no debe flexibilizarse o aun anularse, por el hecho de ser la persona procesada un ente ficticio creado por consentimiento de la autoridad y por ley. Es imperativo comprender que las corporaciones deben estar en el mismo nivel garantizador en el que se posiciona la persona física como sujeto de derechos. La carga de la prueba tiene relación directa con el modelo de responsabilidad penal de los entes corporativos adoptado por la legislación penal del Ecuador. En efecto según el modelo de imputación vicarial está plenamente determinada cuál es la parte procesal a quien constitucionalmente le corresponde la presentación y demostración de los elementos del delito y de la responsabilidad penal. A la Fiscalía le compete la carga de la prueba.

Atendiendo a nuestro modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas la Fiscalía es la titular de la investigación pre procesal y procesal penal cuyas actividades investigativas consistirían en reunir los elementos de convicción suficientes y necesarios para imputar y acusar a la persona física, como primer presupuesto, para ulteriormente responsabilizar penalmente al

ente corporativo. El principio de presunción de inocencia exige un activismo probatorio de la Fiscalía propio del sistema penal oral acusatorio del que presume nuestra CRE, orientado a demostrar tanto la existencia del injusto penal como la responsabilidad del procesado. Es decir, en el segundo proceso que debe iniciarse después de determinar la responsabilidad penal de la persona física, la fiscalía debe demostrar la existencia de los presupuestos de procedibilidad previa la imputación o traslado de la culpabilidad al ente corporativo. Esos presupuestos son el poseer el carácter de directivo, socio, dependiente, funcionario o trabajador de la corporación, que sea un delito propio de las corporaciones y demostrar además la existencia del beneficio obtenido para la empresa.

Dependiendo del modelo dualista o monista que se adopte la verificación de estos presupuestos podrían despacharse en el mismo proceso o en procesos diferentes en el cual el primero establezca la responsabilidad individual y el segundo establezca la responsabilidad de las personas jurídicas. Pueden incluso verificarse estas condiciones en el mismo proceso pero la sentencia que declare la responsabilidad de la corporación dependerá de la responsabilidad individual previamente declarada y de la verificación de las condiciones de dependencia y beneficio.

La legislación española, Artículo 31, supone la previa existencia de tres presupuestos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas: En primer lugar, la existencia de un delito cometido por la persona física que tenga una relación funcional con aquella y que haya reportado un beneficio para la corporación. En segundo lugar, que exista una falla en los mecanismos de supervisión, vigilancia y control de los mecanismos de prevención de la corporación que de haberlos hubiere podido evitar la comisión del ilícito. Y tercero, como un mecanismo de exclusión en el caso de que se verifiquen los dos anteriores, la existencia de un defecto en la organización corporativa por la inexistencia de políticas de control o cumplimiento de la legalidad.¹⁵¹ El Artículo

151.- FEIJOO SANCHEZ, B. (2016). "Réplica a Javier Cigüela". En:

49 del COIP, en cambio, solo exige el cumplimiento del primer presupuesto en forma parcial. Es decir, la existencia del delito y la responsabilidad de la persona física, más no exige que necesariamente exista una relación funcional con la corporación. Es suficiente para el traslado de la culpabilidad la existencia de la relación dependencial y el beneficio que el injusto reporte a la empresa, solo estos elementos lo que lo convierten en un modelo vicarial extremo como lo denominamos.

De cierta manera es primitivo el modelo vicarial adoptado por el legislador ecuatoriano puesto que ni siquiera exige el requisito, previsto en todas las legislaciones europeas y latinoamericanas que es el actuar de la persona física "por cuenta" de la persona jurídica. En nuestro caso no se requiere ese nexo vinculatorio entre individuo infractor y persona jurídica que demuestre que el individuo actuó "en representación" o a nombre de la corporación para descartar las actuaciones a título personal o por cuenta propia de la persona física, aunque haya significado algún beneficio para la persona jurídica. Si la persona física actuó fuera de las actividades sociales encargadas por orden o por el mismo contrato de trabajo, esas actividades ilícitas son a título personal y por ende fuera del alcance de la responsabilidad de la corporación.

Estos presupuestos son objeto de la actividad investigativa de la Fiscalía si pretende fundamentar la responsabilidad penal de la persona física y consecuentemente, la de la persona jurídica. En otras palabras, en nuestro medio la responsabilidad de la persona jurídica se inicia y se agota en la responsabilidad de la persona física por lo que la Fiscalía debe limitarse a establecer los presupuestos circunstanciales de la infracción del individuo como asunto previo de la responsabilidad corporativa, sin que necesariamente exista un hecho de conexión porque la ley no lo contempla. Nuestro modelo es pura responsabilidad objetiva.

D. Finalidad de la prueba

En palabras de ROXÍN "...probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho, (...) la culpabilidad del autor y la medida de la pena..."¹⁵². En el mismo sentido el Artículo 453 del COIP establece que la finalidad de la prueba es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y de la responsabilidad del acusado. Se rige por los principios de oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión e igualdad de oportunidades. Principios que deberán ser aplicados en el juzgamiento de la persona jurídica que en virtud del principio de igualdad es sujeto procesal con las mismas prerrogativas del debido proceso que las tienen las personas físicas.

No es aplicable criterios que, a pretexto de potenciar la eficacia del Estado en la lucha contra la criminalidad de las corporaciones identificadas tradicionalmente por su pertenencia a sectores poderosos de la sociedad, pretendan reducir las garantías de estricta observancia a los derechos fundamentales que, en nuestro caso, la misma Corte Constitucional se encargó de atribuirse los en varias sentencias. Estas excepciones conllevan el peligro de que procesos con garantías flexibilizadas puedan convertirse en modos comunes y aceptados de organizar procedimientos inconstitucionales bajo pretextos optimización del control social. Lo que se deben afinar son los instrumentos penales y las técnicas de investigación empleadas por los cuerpos investigativos especializados de la Fiscalía en el marco garantista del proceso penal sin que ello signifique la adopción de políticas de flexibilización procesal que motive a futuro reclamos de nulidad e invalidez jurídica.

152.- ROXIN, C. (2000:185). "Derecho Procesal Penal". Buenos Aires: Editores del Puerto.

E. Objeto y valoración de la prueba en el modelo vicarial extremo del COIP

NEIRA afirma que "...el objeto de la prueba es el conjunto de los elementos facticos sobre los que las partes despliegan su actividad probatoria..."¹⁵³. Ampliando este concepto podemos afirmar que la actividad probatoria es la actividad del juzgador y de las partes procesales, que buscan como resultado la existencia de suficientes elementos probatorios en relación con un determinado hecho, el objeto de la prueba dentro de un proceso penal son la verificación de los hechos específicos de la infracción penal y de la actuación de quienes participaron en ella. Estos hechos deben ser probados e incorporados al proceso a través de los medios de prueba establecidos en la normativa penal procesal con la finalidad de llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y la responsabilidad del procesado, dicen los Arts. 453 y 454 del COIP. La práctica de la prueba está guiada por los principios de oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión igualdad de oportunidades.

La prueba evidentemente debe llenar el espacio en blanco que existe entre la infracción y el procesado para construir una conexidad firme y real que sustente un convencimiento sobre la responsabilidad que no debe estar asentada en presunciones sino en hechos reales incorporados al proceso por los medios de prueba. Los criterios de valoración probatoria de estos hechos, descritos en el Artículo 457, son la legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de cientificidad de los informes periciales.

De acuerdo criterio universal existen hechos que tienen su fuente de origen en la naturaleza y en el hombre. Son los hechos humanos (actos) aquellos que en materia penal interesan para

153.- NEIRA PENA, A.M. (2017: 267-2928). "La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas". En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi.

someterlos a la actividad probatoria, porque, al tratarse de personas jurídicas consideradas como sujetos procesales solamente algunos hechos humanos tienen la capacidad de determinar la responsabilidad penal de las mismas sin importar mucho el modelo de responsabilidad que contenga un determinado ordenamiento jurídico nacional.

Desde un punto de vista doctrinario sabemos que en un proceso incoado en contra de los entes corporativos, en un modelo de responsabilidad propio como el español, el objeto de la prueba, es decir, la orientación que tomará las actividades judiciales de las partes procesales, estará dirigida a la demostración de dos hechos fundamentales: los elementos del delito y los elementos de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En nuestro sistema vicarial previsto en el COIP, el objeto de la prueba, es decir, el *thema probandi* es el análisis de la conducta penalmente relevante, típica, antijurídica y culpable de la persona física, en un proceso en el que no debe participar la persona jurídica porque la determinación de su responsabilidad penal depende de la responsabilidad penal de la persona física.

En un segundo proceso (si aplicamos el sistema dualista de juzgamiento), posterior y a consecuencia de la responsabilidad de la persona física, el objeto de la prueba se reduce a probar principalmente la relación que la persona física tiene con la persona jurídica, el beneficio obtenido por ésta a consecuencia del ilícito, que se trate de una persona jurídica de derecho privado y que el delito sea de los atribuibles a las corporaciones. No existe un hecho de conexión en el sentido propio del término utilizado en las legislaciones europeas, que deba demostrarse porque la responsabilidad corporativa por atribución es directa. Tampoco puede considerarse objeto del proceso penal la presencia o ausencia de algún sistema de supervisión, vigilancia y control porque la adopción de medidas preventivas ni agrava ni atenúa la pena, ni tampoco es un mecanismo excluyente de culpabilidad o de regulación de la misma.

Existe en forma aislada y excepcional un atenuante que debe demostrarse en los delitos especificados en el Capítulo Cuarto del COIP relacionado con los delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama (Arts. 244 al 267)¹⁵⁴ y que consiste en la reducción de las penas contenidas en este Capítulo cuando la persona que cometió la infracción realice acciones compensatorias y reparatorias del daño ocasionado. En este aspecto, esta atenuante muy particular será objeto del proceso tanto en el de determinación punitiva de la persona física, como del posterior proceso que tiene como sujeto pasivo a la persona jurídica.

Finalmente, el carácter de imputable o no de la persona jurídica será objeto de prueba tanto en el primer proceso como en el segundo. Es decir, tanto la Fiscalía como el juez de garantías penales deberán verificar una condición de inimputabilidad y es la verificación de que la persona jurídica procesada es de carácter privada o pública, aspecto que el juzgador debe incluso de oficio constatar tal condición procedimental. Es más recomendable que el juez¹⁵⁵ en la sentencia que atribuye responsabilidad individual se pronuncie sobre la imposibilidad de continuar con el segundo proceso en contra de la corporación por encontrarse inmersa en una situación de inimputabilidad por ser persona jurídica pública o simplemente por no ser una persona jurídica sino una asociación de hecho.

Otro punto importante relacionado con el objeto de la prueba se refiere a que nuestro sistema vicarial extremo ni siquiera exige la presencia de un requisito (que sí es indispensable en la legis-

154.- CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. El capítulo cuarto del COIP relacionado con los delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama (Arts. 244 al 267) son los siguientes: Invasión de áreas de importancia ecológica, delitos contra la flora y fauna silvestre, delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional, maltrato o muerte de mascotas o animales de compañía, delitos contra el agua, delitos contra el suelo, contaminación del aire, gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas, falsedad u ocultamiento de información ambiental.

155.- NEIRA PENA, A.M. (2017: 269).

lación norteamericana del respondeat superior, y de todas las legislaciones europeas en esta materia) como es el hecho de que la persona física realice la conducta delictiva en el ámbito de las funciones asignadas dentro del ente colectivo; esto es, "...durante el desarrollo de la actividad que desempeña el empleado, la naturaleza del acto realizado, el fin perseguido en su realización o el tiempo y lugar en el que se produjo el daño..."¹⁵⁶.

De tal forma que si el empleado o funcionario o dependiente o incluso un tercero vinculado a la empresa puede realizar el acto típico fuera de las funciones contractuales que ese empleado realiza en la estructura organizativa de la persona jurídica porque lo penalmente relevante dentro del sistema vicarial extremo de responsabilidad es su vinculación formal y una utilidad reportada a la corporación., en lo que tiene que ver con la actuación de las personas físicas vinculadas al hecho típico.

F. Los tipos de delitos que puede cometer la persona jurídica según el COIP

Refiriéndonos a los elementos constitutivos del delito la prueba debe versar sobre la valoración penal de las conductas en su adecuación a la conducta hipotética descrita en el tipo penal. No todas las conductas penalmente relevantes cometidas en las circunstancias antes descritas pueden constituirse en presupuestos de inicio de un proceso penal en contra de la persona jurídica de carácter privado puesto que las públicas se encuentran excluidas del sistema. Al ser el nuestro un sistema cerrado compuesto por un conjunto de particulares y exclusivos delitos, *numerus clausus*, el inicio de un proceso penal dependerá del tipo de delito que solo lo pueden cometer las personas jurídicas, de acuerdo con el COIP.

156.- VILLEGAS M. (2016:170). "La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas La Experiencia de Estados Unidos". Pamplona: Aranzadi.

Los delitos que en forma exclusiva pueden dar lugar a un proceso penal en contra de las corporaciones son los siguientes: los delitos contra la humanidad (Sección Primera, 11 tipos: genocidio, etnocidio, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, persecución, apartheid, agresión y delitos contra lesa humanidad, Arts. 79 a 89 del COIP): en los delitos de trata de personas, arts. 91 a 94; los delitos de la Sección Tercera referentes a las Diversas formas de explotación: Extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos; tráfico de órganos; realización de procedimientos de trasplante sin autorización; turismo para la extracción, tratamiento ilegal o comercio de órganos; explotación sexual de personas; prostitución forzada; turismo sexual; pornografía con utilización de niñas, niños y adolescentes; comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes; trabajos forzados u otras formas de explotación laboral; promesa de matrimonio o unión de hecho servil; adopción ilegal; empleo de personas para mendicidad; Arts. 95 al 108 del COIP; Artículo 86, delito de estafa¹⁵⁷; Artículo 201 Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras; insolvencia fraudulenta, Artículo 205: Quiebra fraudulenta de persona jurídica, Artículo 207; Artículo 213, Delitos contra la migración; Artículo 217, Producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados; Artículo 218, desatención del Servicio de salud; Artículo 235, Engaño al comprador respecto de la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos; Artículo 237, Destrucción de bienes del patrimonio cultural; Artículo 242, Retención ilegal de aportación a la seguridad social; Arts. 260 a 267, Sección quinta de los delitos contra los recursos humanos, Actividad ilícita de recursos mineros, Financiamiento o suministro de maquinarias para extracción ilícita de recursos mineros, paralización del ser-

157.- Reforma al COIP. Registro Oficial No.107- Martes 24 de diciembre de 2019 Suplemento, 24 de diciembre de 2019: "...Artículo 42.- Agrégase como párrafo final del artículo 186, el siguiente texto: "Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general...."

vicio de distribución de combustibles, adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles; almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles; almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial.; sustracción de hidrocarburos.(sanción a PJ Artículo 267); Arts. 297 y 298, enriquecimiento privado no justificado, defraudación tributaria, Sección octava de los delitos Económicos, Arts. 307 a 326 del COIP: pánico económico, agiotaje, usura, divulgación de información financiera reservada, ocultamiento de información, falsedad de información, defraudaciones bursátiles, falsedad documental en el mercado de valores, autorización indebida de contrato de seguro, operaciones indebidas de seguros, lavado de activos, incriminación falsa por lavado de activos, omisión de control de lavado de activos, simulación de exportaciones, actos ilegales tendientes al alza de precios de productos sujetos a precio oficial, pánico financiero, captación ilegal de dinero, falsedad de información financiera, descuento indebido de valores. El total de delitos tipificados individualmente alcanzan la cantidad de setenta y cuatro.

Otro filtro que se debe tener en cuenta es que todos estos delitos no contemplan la modalidad culposa sino únicamente aquellas infracciones realizadas con la concurrencia del elemento subjetivo del dolo. En nada altera la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica el haber ejercido y desarrollado algún sistema de prevención normativa eficiente o deficiente al interior de la corporación porque la responsabilidad del ente colectivo tiene el carácter de ser derivada de la responsabilidad penal de la persona física.

No olvidemos que la atribución de responsabilidad penal por hecho ajeno, según el Artículo 49 del COIP, puede generar los siguientes estatus jurídicos: si la persona física no es declarada

culpable entonces la persona jurídica no puede ser declarada culpable porque su estado de inocencia se traslada por igual. Por el contrario, si la persona física es declarada culpable la persona jurídica puede ser declarada culpable o inocente. Este último caso se puede verificar cuando durante el proceso se ha comprobado el cumplimiento de los cinco presupuestos entre los cuales consta el que la persona jurídica no obtuvo beneficio alguno de la actuación de la personas física condenada o porque no tienen ningún tipo de dependencia o relación laboral o contractual con la misma.

G. En relación con la carga de la prueba

Una primera consideración es la reafirmación de que las personas jurídicas son titulares de todos los derechos constitucionales, que incluyen los derechos fundamentales, según las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador. En tal sentido la corporación como parte procesal legítima tiene el derecho al goce de los mismos entre ellos los derechos al debido proceso y la presunción de inocencia.

La carga de la prueba es un aspecto fundamental que el juez debe tener en cuenta al momento de dictar sentencia y en la evaluación de la existencia o inexistencia de hechos probatorios legítimos que sustente la pretensión penal. La resolución podría depender de la existencia de la prueba que no cumple o que no se ha sometido a las exigencias normativas previstas en la ley. Al tratarse de un juicio contra las personas jurídicas en el que las reglas no son claras o son simplemente inexistentes debemos dejar sentado y clarificar el cumplimiento de las obligaciones procesales por parte de la Fiscalía y del procesado especialmente con el punto relacionado con la obligación de presentar la prueba. En otras palabras, dilucidar a quien le corresponde demostrar la existencia de los presupuestos de hecho del tipo penal.

En el Ecuador el proceso penal está estructurado en un sistema que podríamos encasillarlo dentro de lo que se conoce como el sistema oral acusatorio porque se cumplen, entre otras, dos características fundamentales:

- a.- La separación funcional de las tareas investigativas, de acusación y de juzgamiento entre tres operadores de justicia diferentes: fiscal, juez de garantías penales y tribunal de garantías penales.
- b.- No puede haber juzgamiento ni condena sin acusación ni juicio previo.

Efectivamente el Artículo 195 de la CRE establece que la Fiscalía, ente autónomo de las otras funciones del Estado, dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal, con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal. De hallar mérito acusará e impulsará la acusación en contra de los presuntos infractores ante el juez de garantías penales. El COIP en el Artículo 609 reconoce al principio por el cual no existe juicio penal si no existe acusación fiscal. Siendo estos dos elementos los mínimos exigibles por la comunidad internacional para verificar si un sistema procesal penal se enmarca dentro de un sistema democrático constitucional de derecho y justicia "... que promueva puntos de equilibrio entre los fines superiores del proceso, y en consecuencia, entre la dignidad humana y la afirmación de la democracia participativa y pluralista en tanto columnas del Estado constitucional..."¹⁵⁸

El principio de presunción de inocencia consagrado en el Artículo 76, núm. 2 de la CRE presume inocente a toda persona y debe ser tratada como tal mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada. Es decir, la carga de la prueba para desvirtuar la condición de inocente del procesado corres-

158.- URBANO, J.J. (2012:90-94). "La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio". Bogotá: 2012.

ponde al Estado, a través de la Fiscalía, y a la acusación bajo parámetros de convencimiento determinante y previo la presentación de pruebas que hayan sido sometidas al baremo exigido por los principios de contradicción y legalidad, principalmente.

La inversión de la carga de la prueba en un sistema oral acusatorio, como el ecuatoriano, podría implicar un peligroso retroceso que flexibilizaría las garantías fundamentales de los ciudadanos, aunque no podemos dejar de mencionar que esta inversión legítima en el Derecho civil y administrativo, ha sido relativamente admitida por la doctrina en los casos en los cuales el procesado pretenda desvirtuar los hechos demostrados por la Fiscalía o cualquier otro hecho que le sea favorable.

En conclusión, la característica del proceso oral acusatorio frente a la acreditación de la persona jurídica como titular de los derechos fundamentales hace que esta goce de la presunción de inocencia y de que en el proceso penal al que se sometan los entes morales, los hechos constitutivos de la infracción penal deben ser probados por la parte acusadora principal, como es el caso de la Fiscalía. Como establecimos en el párrafo anterior se debe probar los hechos que pueden ser atribuidos exclusivamente a la persona jurídica, y que por el modelo vicarial que nos rige, se reducen a la verificación de la existencia de los cinco presupuestos: persona jurídica, persona jurídica de derecho privado, delito propio de las personas jurídicas, supuesto de la existencia de la relación entre la persona física y la persona jurídica y los beneficios del delito reportados a la corporación.

Si uno de ellos no se cumple estaríamos frente a un caso de no culpabilidad del ente corporativo, de la inexistencia de un delito corporativo.

1. Carga dinámica de la prueba

La carga dinámica de la prueba, como afirma Urbano José, es una institución característica de los sistemas procesales adver-

sariales en los que, ante las dificultades probatorias de la Fiscalía, el procesado deja de ser el objeto del proceso para constituirse en un sujeto procesal con obligaciones probatorias para establecer la verdad de los hechos o el esclarecimiento de los mismos. La carga de la prueba tiene íntima relación con la presunción de inocencia que en nuestro sistema implica la obligación de la Fiscalía de desplegar las prerrogativas que le concede la ley para estructurar un conjunto de elementos probatorios capaces de sustentar una acusación contra del procesado.

El arsenal probatorio de la Fiscalía no puede afectar derechos y garantías procesales de origen constitucional. Es decir, a la Fiscalía le está vedada las actividades probatorias que violen o atenten los derechos fundamentales de los procesados o investigados como es el instituto, por ejemplo, del derecho a guardar silencio. En este caso la carga de la recopilación probatoria será por cuenta y mérito de la fiscalía sin perjuicio de que el acusado pueda también hacer uso de su derecho de defensa y desplegar una actividad probatoria que contradiga el peso de la acusación fiscal.

El estatus constitucional de presunción de inocencia privilegia al procesado dejando a la fiscalía el cumplimiento de la obligación jurídica de la presentación de pruebas que confirmen la participación en el hecho que se investiga. Niega, además, la posibilidad de una inversión de la carga probatoria aun en el caso de que la información que pueda proporcionar el imputado coadyuve al esclarecimiento de la verdad procesal. En definitiva, es el fiscal quien tiene el deber de probar la existencia del injusto penal y la responsabilidad del procesado en los términos del Artículo 453 del COIP y no puede trasladarse al procesado esa obligación por más dificultades probatorias que pueda tener el ente acusador.

Está impedido repartirse entre las partes procesales el onus probandi en materia penal porque la estructura normativa constitucional lo impide al configurar de manera absoluta la obligación

insustituible de la carga probatoria del fiscal bajo la amenaza de incurrir en hechos que puedan significar la violación al principio de la prohibición de la autoincriminación, del principio de presunción de inocencia y del *in dubio pro reo* en el momento de sentenciar el juez.

El procesado no está en la obligación de aportar con pruebas para demostrar su inocencia porque ésta se presume, no obstante tiene el derecho y la opción de convertirse en un sujeto procesal activo con iniciativa probatoria propia para desvirtuar los cargos imputados. Esto en nada evita, ni tampoco debe sustituir, el deber jurídico de la Fiscalía de generar por sus propios medios los acervos probatorios que sustentará la acusación fiscal. Pretender que la presentación de la prueba deba exigirse a quien la tiene en sus manos, en el evento que la tenga el procesado, afecta la prohibición de autoincriminación y por tanto a trastoca el sistema garantista penal adoptado por la Constitución y el COIP.

La persona jurídica no puede ser obligada a aportar con pruebas documentales (balances, registros, facturas, actas de reuniones, memorandos, archivos informáticos, roles, comunicaciones, etc.) para demostrar que no cometió determinado delito. Si no lo hace el juez está impedido de fundamentar en este acontecimiento la responsabilidad penal de la misma. La exigencia obligatoria de presentación de pruebas (carga dinámica de la prueba) a la parte procesal que se encuentra en condiciones más favorables de aportar una evidencia vendría a sustituir el principio de presunción de inocencia por el principio de presunción de culpabilidad.

En conclusión, la aplicación del criterio procesal de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal ecuatoriano está muy lejos de constituirse formalmente en un mecanismo sustitutivo que cubra eventualmente falencias e incapacidades de la Fiscalía en el proceso investigativo. Sin embargo, en ciertos delitos que han adquirido relevancia y preocupación internacional como el lavado de activos, tráfico de drogas o enriquecimiento ilícito, podría

flexibilizarse aceptando un concepto de carga dinámica de la prueba porque la información que guarda el procesado estaría en posición de desvirtuar la presunción de procedencia ilegal del dinero, por ejemplo, desde una posición privilegiada que solo el procesado está en capacidad de efectivizarla procesalmente. O sea, se podría aceptar la posibilidad de una aplicación restrictiva de este instituto, con la condición de que no transgreda las garantías fundamentales del debido proceso y en algunos tipos de delito muy limitados.

La normativa interna e internacional favorables a la introducción de la carga dinámica de la prueba en las legislaciones nacionales contradictoriamente ponen en un serio aprieto una legitimación de este principio que está en contra de sus propios pronunciamientos proclamados en otros convenios internacionales sobre derechos humanos. En efecto, el Artículo 5, núm. 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 1988, sugiere a las partes contratantes ensayar en sus legislaciones internas la inversión de la carga de la prueba respecto del origen lícito de bienes sujetos a decomiso, si no es incompatible con los principios que las rigen. No obstante, de hacerlo, violaría varios instrumentos importantes emanados del seno de las mismas Naciones Unidas, y de la propia Constitución de la República del Ecuador (Artículo 76, núm. 2: presunción de inocencia), como La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 11.1: presunción de inocencia), el Pacto internacional de los Derechos civiles y Políticos (Artículo 14.2: presunción de inocencia)¹⁵⁹, o el Convención americana de los derechos Humanos (Artículo 8, núm. 2: presunción de inocencia). Además la cláusula "si no es incompatible" implica que no es una obligatoriedad lo sugerido por la Convención sino que esta normativa específica debe aplicarse si la constitución y la ley lo permiten y en nuestro caso no está permitida.

159.- SOUTO, M. (2002:113). "El blanqueo de dinero en la normativa internacional". Santiago de Compostela: Editorial de la Universidad de Santiago de Compostela.

GIMENO BEVIÁ¹⁶⁰ plantea que el principio de la carga de la prueba en relación con las personas jurídicas tiene varios modelos, entre los cuales, destaca el sistema norteamericano en el cual la Fiscalía obtiene pruebas incriminatorias de la propia persona jurídica a consecuencia generalmente de un acuerdo preliminar a la obtención de un aplazamiento en el enjuiciamiento (Deferred Prosecutorial Agreements) a la persona jurídica.

De otro modo, un Gran Jurado podrá exigir y ordenar que la corporación entregue documentación o archivos bajo amenaza de ser acusada del delito de obstrucción de la justicia en caso de negarse. Este sistema permite que aproximadamente el 95% de los casos que no lleguen a juicio. Sin embargo, dice Beviá, en España tal situación no se puede reproducir porque, al igual que en el Ecuador, la no entrega de información por parte del ente corporativo es un derecho del procesado amparado por el principio constitucional de la prohibición de la autoincriminación. En cambio, en Italia, que tiene un sistema administrativo – penal de responsabilidad, las personas jurídicas deben aportar obligatoriamente con la prueba de descargo cuando el delito ha sido cometido por los cuadros gerenciales y no por sus empleados.

H. El principio del in dubio pro reo en la determinación de la responsabilidad

El sistema vicarial impuesto exige, entre líneas, el procesamiento de la persona jurídica en forma posterior al proceso de la persona física. En este proceso dual la fiscalía debe probar los presupuestos antes anotados para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si la verdad de los hechos no tiene un sustento legal y constitucional, si la prueba no ha sido obtenida bajo condiciones de respeto a los derechos de las corporaciones estructurada de tal modo que no sea concluyentes por la existencia de espacios de duda o desconcierto procesal, o porque no existe la prueba suficiente o porque existen atenuantes en la actuación de la persona jurídica, el principio de duda

160.- BEVIÁ JORDI, G. (2016: 290-295).

a favor de reo deberá ser irremediabilmente aplicado por los jueces.

Un punto de discusión está en dilucidar si la actividad probatoria para la aplicación del *in dubio pro reo* debe reducirse a la duda generada en función de la inexistencia de los elementos constitutivos del tipo penal o en la inexistencia adicional de no solo de los hechos constitutivos de la infracción sino de las causas de exclusión, exoneración, o atenuación de la pena. Creemos que dado el diseño procesal adoptado, en términos generales la legislación penal ecuatoriana adopta el criterio de objetividad en las actuaciones de la Fiscalía que se traduce como la obligación de atender toda circunstancia que conlleve algún beneficio procesal al reo, entre ellas la generación de dudas sobre la integridad del hecho delictivo.

Otros autores creen que es la parte acusada la que tiene la obligación probatoria de demostrar tal circunstancia. Concordamos con criterios, como el Ana María Neira, al reconocer que la opción antes detallada es la más garantista y respetuosa con el principio del *in dubio pro reo* y el juez deberá absolver a la corporación procesada más allá de concepciones hasta cierto punto aberrantes como aquella de considerar menos gravoso la condena a una persona jurídica inocente que a una persona física inocente¹⁶¹.

II. EFECTOS JURÍDICOS-PROCESALES DE LA DECLARACIÓN DE LA PERSONA FÍSICA EN CONTRA DE LA PERSONA JURÍDICA.

Debemos preguntarnos si dado el sistema vicarial extremo adoptado por la legislación penal ecuatoriana, las declaraciones in-

161.- NEIRA PENA, A.M. (2017: 280). En este punto es importante recoger esta opinión de la autora de que es más garantista la carga probatoria en la fiscalía porque "...a la hora de pronunciarse la decisión judicial, la actividad probatoria hubiese dejado dudas en el ánimo del juzgador sobre la culpabilidad del acusado, se deberá por humanidad y por justicia absolverle y ello independientemente de que, ese estado psicológico y subjetivo en que consiste la duda, se refleje sobre los hechos constitutivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal..."

culpatorias de la persona física pueden significar efectos adversos para la determinación de la responsabilidad de la empresa.

La respuesta es negativa. La razón es simple: la responsabilidad vicarial extrema es un sistema que traslada la responsabilidad penal de la persona natural a la persona física. Una declaración inculpatoria en la que se atribuya cierta culpa de la comisión del delito a la persona jurídica es impertinente porque a los ojos del sistema procesal ecuatoriano la corporación carece de la capacidad de realizar actos propios que puedan acarrear la responsabilidad penal de las mismas.

Siendo el procesado una persona física, el agente o el instrumento a través del cual actúa la persona jurídica, la declaración que atribuya el delito a la persona jurídica termina contradictoriamente liberándola de criterios inculpatorios al liberarse de los mismos la persona natural. Los mismos criterios de exculpación o de inculpación de la persona física están indefectiblemente unidos en las consecuencias aplicables a las personas jurídicas.

En los sistemas auto referenciales de responsabilidad propia las declaraciones de las personas físicas pueden constituirse como prueba en contra de las corporaciones si es corroborada por otras actividades que obtengan evidencias de comprobación de los hechos atribuidos. Es decir, en los modelos de responsabilidad propia, si el individuo acude en calidad, no de coimputado, sino de testigo en contra de la persona jurídica esa información proporcionada podría servir como prueba en contra de la persona jurídica.

III. LA PERSONA JURÍDICA COMO PARTÍCIPE DE LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN PENAL.

Creemos necesario dejar definidas las circunstancias a través de las cuales se pueden evidenciar las relaciones de coautoría y participación que podrían darse entre las personas físicas y la persona jurídica, o incluso entre corporaciones dentro del modelo vicarial extremo.

No olvidemos que en los sistemas de responsabilidad alternativa o propia, diferente modelo vicarial nuestro, la responsabilidad penal de las personas físicas no puede declararse conjuntamente con la de las personas jurídicas, simultáneamente, al mismo tiempo, sino que el reproche penal en contra de las corporaciones procede cuando no se ha podido determinar la responsabilidad penal de las personas físicas y se presume que este hecho evidencia una falla en los sistemas organizativos de control empresarial que imposibilita la identificación del individuo infractor.

El Artículo 50 de COIP no puede entenderse si no se ubica en función del modelo de responsabilidad adoptado en el Artículo 49. Al determinarse la responsabilidad penal de la persona jurídica en función de la responsabilidad penal de la persona física, la norma permite un espectro de posibilidades un tanto limitados en los que únicamente pueden darse los siguientes casos:

- a.- Que exista responsabilidad de la persona física y la persona jurídica, cuando además se ha comprobado la relación de dependencia o propiedad de la persona física con la corporación; cuando igualmente se compruebe la existencia del beneficio para la corporación a consecuencia del delito cometido por el individuo, cuando es persona jurídica y privada y cuando el delito es de los atribuibles a las corporaciones.
- b.- Que exista responsabilidad penal de la persona física pero no exista responsabilidad penal de la persona jurídica porque no se verifican los presupuestos del tipo penal concretados en la ausencia, dentro del proceso, de los cinco presupuestos detallados e el literal b).
- c.- Si no existe responsabilidad penal de la persona física o natural no puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica porque el modelo exige la preexistencia de la responsabilidad individual como requisito fundamental. Si el procesado individual desaparece, se fuga, prescribe la acción, fallece la persona física, y pese a ello existe la determinación

de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sería un acto de determinación inconstitucional, ilegal, ilegítimo porque se violaría el principio de culpabilidad penal, debido proceso, derecho de defensa, y estaríamos frente a un acto de atribución de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro orden jurídico. Podría darse el caso de juzgamiento en ausencia de la persona física (arts. 80, 233, 396 de la Constitución, y Artículo 16, num. 4to del COIP) en cuyo caso la declaratoria de culpabilidad al final del proceso penal podría acarrear la consecuencia de atribuir la responsabilidad de la persona jurídica previo el cumplimiento de los cinco presupuestos antes mencionados.

El Artículo 50 COIP al prescribir que la responsabilidad penal de las corporaciones no sufre modificaciones ni se extingue si hay concurrencia de responsabilidades con personas físicas en la realización de la infracción penal pretende sugerir, tal como está redactado, que la determinación de responsabilidad viene por caminos deparados y autónomos, con presupuestos diferentes y que en esas circunstancias concurren en forma independiente al estadio del reproche por el delito cometido.

Es necesario recordar lo siguiente. En los modelos de responsabilidad alternativa o por hecho propio se atribuye la responsabilidad a la persona jurídica cuando ha sido imposible la determinación o identificación de la persona natural causante del delito. La razón que encuentra la doctrina para esta determinación proviene de la presunción de que la imposibilidad de llegar al causante físico de la infracción se debe a un defecto de organización. La acumulativa también puede posibilitar la doble condena. Por una parte, se establece la responsabilidad de la persona jurídica sea por un acto propio (autonomía sancionatoria y persecutoria) en el que no se necesita ningún hecho de conexión entre el injusto de la persona física con el injusto de la corporación; sea por un hecho cometido por la persona física a la cual no se la ha podido identificar. Por lo tanto, la responsabilidad penal de la persona

jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona física. Finalmente tenemos al modelo vicarial estricto en el que no existe la responsabilidad penal de la persona jurídica si no existe previamente la responsabilidad penal de la persona física.

Funciona como un cordón umbilical estructurado de tal forma que niega cualquier forma de autonomía entre ambas responsabilidades¹⁶².

El Artículo 49 del COIP excluye una interpretación de la que se pueda extraer conclusiones que podrían erróneamente llevar a presumir la existencia de un sistema de responsabilidad autónoma porque claramente nos informa que la persona jurídica será penalmente responsable por los delitos cometidos por la persona física. No diferencia, como la legislación española, los actos de los altos cuadros administrativos con las conductas cometidas por los sustratos inferiores de la empresa, como es el caso de los trabajadores y terceros, lo que posiblemente nos hubiese servido para encontrar en la falta de control y vigilancia un elemento de responsabilidad autónoma.

No obstante, en el Artículo 50 COIP el legislador determina que la responsabilidad de las personas jurídicas no se verá afectadas por la existencia de circunstancias agravantes, por fallecimiento, fuga o extinción de la responsabilidad penal de la persona natural, aspecto que no presentaría mayor problema si pudiéramos interpretar que estas circunstancias ocurren después de ser declarada responsable la persona natural y a consecuencia de ello la persona jurídica. Pero la distorsión es completa e irreversible cuando en el último inciso del mismo Artículo se coloca la frase "o se dicte sobreseimiento", aspecto que nos lleva a entender que de darse esta circunstancia el proceso penal continuaría tramitándose únicamente con la persona jurídica como procesado con la expectativa de recibir una sentencia autónoma de la persona física, contradiciendo abiertamente el mismo Artículo 49 COIP.

162.- GÓMEZ-JARA, C. (2012:213-228). "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Thomson Reuters.

Por lo tanto la existencia de esta antinomia sobre si existe o no autonomía persecutoria y sancionatoria ubicada entre el Artículo 49 y 50 del COIP debe resolverse negando tal posibilidad porque literalmente el Artículo 49 no deja lugar a dudas que la única forma por la que puede existir concurrencia de la responsabilidad penal estatuida en el Artículo 50 sería si nuestra normativa hubiera adoptado un modelo de responsabilidad propio e independiente de las acciones de las personas físicas, estructura normativa a la que no ha llegado el COIP.

En palabras de Carlos Gómez Jara, cuando critica la anterior legislación española antes de las reformas del 2015, decía que "... en un sistema de responsabilidad vicarial en sentido estricto no tiene cabida la autonomía de la responsabilidad. Precisamente al transferirse la responsabilidad, se necesita un agente que origina la transferencia y un agente que la recibe..."¹⁶³. De tal forma que ante la falta o inexistencia del agente emisor de responsabilidad no puede haber emisión ni agente a quien transmitir la responsabilidad penal. En el mismo sentido, la dualidad emisor-trasmisor está indisolublemente unida de tal manera que la una depende de la otra por lo que el Artículo 49 excluiría cualquier posibilidad de responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

En conclusión, para ser autor directo, de acuerdo al Artículo 43, núm. 1, literal a) del COIP, se requiere que el acusado cometa la infracción de manera directa e inmediata. Del análisis previo realizado, según el Artículo 49, la persona jurídica para que sea responsable penalmente requiere que previa e inexcusablemente sea declarada culpable la persona física que realizó la conducta delictiva. Este traslado de la responsabilidad a la persona jurídica niega toda posibilidad de participación en la realización del injusto penal, ni directa ni inmediatamente porque el presupuesto fundamental de su responsabilidad es el hecho individual ajeno y no un hecho propio o corporativo.

En relación con el literal b) que califica como autores a quienes no eviten el hecho delictivo teniendo el deber jurídico de hacerlo existe una

163.- GÓMEZ-JARA, C. (2012:214).

alusión a las omisiones impropias de las personas naturales mas no se refiere a las que incurran las personas jurídicas dentro de un posible contexto de organización defectuosa. La autoría mediata requiere la inducción de una persona natural a otra de la misma especie o de que quienes ordenen su comisión a título de autoridades o miembros de los altos cuadros directivos de las personas jurídicas.

Es decir, ordenes de personas naturales dirigidas a otras de la misma especie conducentes a la realización de infracciones penales. De manera similar, la coautoría demanda la realización de hechos concomitantes en los que intervengan simultáneamente y de modo principal la persona jurídica y la persona física, lo que contrasta con el modelo vicarial extremo de transferencia de responsabilidad que requiere únicamente la conducta reprochable de la persona física.

La mayoría de las legislaciones europeas aceptan la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas y en ellas pueden evidenciarse más claramente la existencia de la autoría, coautoría directa y mediata o complicidad como mecanismos de participación diferenciados aplicable a las personas físicas dado el modelo de responsabilidad acumulativa adoptado. Más en nuestro caso la responsabilidad penal de las personas jurídicas es accesorio y corre la suerte del principal que es la persona física.

El desapego constitucional del sistema vicarial nos inclina a pensar que "... la responsabilidad penal de las personas jurídicas da lugar a la existencia de una responsabilidad objetiva, por hechos ajenos (por tanto vicarial), acumulativa, de doble incriminación, de doble valoración jurídica, y por todo ello de difícil encaje con las garantías y postulados del Derecho penal moderno, a no ser que éstos se modifiquen o se especifiquen para el supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo que hablemos o estemos ante "otro Derecho penal"..."¹⁶⁴

164.- BOLDOVA, M. (2013:219-263). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española". En: Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4544264>

CAPÍTULO IV

LA PENA EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. LAS PENAS

De acuerdo al Artículo 58 COIP las penas se clasifican en penas privativas de libertad, penas no privativas de libertad y en penas restrictivas de los derechos de propiedad. Las penas restrictivas de los derechos de propiedad a su vez se clasifican en multa, comiso penal y la destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción. El Artículo 71 del Código Orgánico Integral Penal, COIP, establece por primera vez una tabla de penas para las personas jurídicas que van desde la multa, el comiso penal, la clausura temporal o definitiva, la realización de actividades en beneficio de la comunidad, la remediación integral de los daños ambientales causados, la disolución de la persona jurídica y la prohibición temporal o definitiva de contratar con el Estado. Sin embargo, hay que tener presente algunas consideraciones importantes:

- 1.- De acuerdo al modelo vicarial extremo adoptado por la legislación ecuatoriana la responsabilidad penal es atribuida en razón de delitos cometidos por las personas físicas, en provecho o beneficio de la persona moral y no por un hecho propio de la persona jurídica. La redacción del Artículo 49 del COIP es clara en este punto.
- 2.- El modelo vicarial extremo de responsabilidad penal de los entes morales adoptado no conlleva una modificación de la definición de delito, renombrada como infracción penal, es-

tablecida en el Artículo 18 del COIP como una conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción está prevista en este mismo cuerpo legal. Es decir, supone que la persona moral, al igual que la persona física, tenga un comportamiento similar al humano, capaz de generar acciones u omisiones de relevancia penal. El modelo de ecuatoriano no diferencia problema alguno de aplicabilidad de la teoría del delito y del estatuto procesal tanto a los entes morales como a las personas físicas. En otras palabras, ingenuamente pretende que se aplique el Derecho penal sustantivo y adjetivo estructurado para el juzgamiento de las infracciones cometidas por las personas físicas a las infracciones cuya comisión le son atribuidas a los entes corporativos.

Se intenta aplicar igual rasero para analizar "...las exigencias del comportamiento humano, de una imputación verdaderamente subjetiva del hecho típico no justificado y de un sujeto imputable capaz de recibir la llamada de las normas jurídicas y de auto controlar de forma normal su conducta..."¹⁶⁵ Según Mir Puig la implicancia de la adopción de este sistema vicarial extremo requiere, en resumen, aceptar que:

- a.- No es necesario rediseñar una nueva teoría del delito en el que se incluya las actuaciones de personas no humanas. Para esta tesis no existe diferencia si la acción la comete una persona física y otra persona ideal, no humana, como la persona jurídica. Igual son penalmente relevantes pese a que los entes corporativos no tienen capacidad de actuar libremente por sí mismas, ni tienen conocimiento de lo que hace y ni voluntad propia para conducirse, pero aun de ser susceptibles de entender los mandatos y captar las prohibiciones.

165.- MIR PUIG, S. (2014): "Las nuevas "penas" para las personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad". En: HORTAL IBARRA, J.C., VALIENTE IBAÑEZ, V. (coordinadores): "Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detención y reacción penal". Buenos Aires: Editorial B de f. (págs. 3 a 14; pág. 5).

- b.-** Tampoco es necesario diferenciar los principios sobre los que se fundamenta la culpabilidad humana con la culpabilidad de los entes corporativos.
- c.-** Que las penas previstas para las personas jurídicas vendrían a ser una justa consecuencia punitiva por el acto realizado por las personas jurídicas, independientemente de los actos de los miembros que la conforman.
- 3.-** Sin embargo, el Artículo 49 y el Artículo 71 del COIP establecen penas específicas para las personas jurídicas por delitos cometidos por las personas naturales, no por los delitos cometidos por las personas jurídicas. La responsabilidad por hecho ajeno no viene sino a constituir un sistema de responsabilidad penal sin culpa que instituye un modelo inconstitucional por el cual se castiga a quien no ha cometido delito alguno invadiendo peligrosamente el sistema garantista de la dignidad humana sobre el cual se ha edificado el sistema protector de los derechos humanos. La responsabilidad objetiva o la responsabilidad por representación en materia penal esta proscrita en el sistema punitivo ecuatoriano, dejando a salvo su aplicabilidad restringida en el campo civil y administrativo por el hecho de que la censura y el reproche en estas áreas si bien pueden tener un alto nivel de censura no alcanzan el grado ético y jurídico de la pena criminal.
- 4.-** El principio de culpabilidad penal, desde lo constitucional, impide la aplicación de una pena criminal a quien no ha sido culpable desde el plano objetivo, subjetivo y personal del acto juzgado, aspecto que no se cumple definitivamente en la imputabilidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas. La única manera, según Mir Puig, de evitar esta inconstitucionalidad es despojarles a las penas corporativas del contenido alto de reproche que tienen la pena para las personas físicas y acercarle a la naturaleza propia que poseen las sanciones administrativas y a las medidas de segu-

ridad.¹⁶⁶ Esto podría ser aplicable al sistema actual español pero en el régimen jurídico inserto en el COIP deja poco margen para esta posibilidad.

Algunos juristas españoles creen que el término “pena” utilizado para las sanciones a los entes corporativos no es el más adecuado. Prefieren la utilización de la palabra “sanciones” o “medidas” para designar a las consecuencias legales porque de acuerdo a la redacción del Artículo 71, en nuestro caso, el significado de estas “penas” podría tener una significancia diferente a lo que se entiende por pena en la definición clásica de la misma. Solo dos de los siete tipos de penas establecidos en el Artículo 71 coinciden con los tipos de penas restrictivas del derecho de propiedad, la multa y el comiso, el resto son medidas sancionatorias originales y particulares, extraídas del Derecho Administrativo Sancionador: clausura temporal, actividades en beneficio de la comunidad, remediación integral de danos ambientales, disolución y prohibición de contratar.

- 5.- Como habíamos anotado las penas para las personas jurídicas del Artículo 71 del COIP se imponen como tales en un sistema de responsabilidad por culpa ajena, bajo el criterio de la aplicación de la responsabilidad por representación o responsabilidad objetiva que rayan el principio de culpabilidad penal más aun cuando el inciso segundo del mismo artículo establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. Es decir, las consecuencias penales impuestas a la persona jurídica aun en el evento de que la persona física no sea responsable del mismo trastoca gravemente todo resquicio de racionalidad en el establecimiento de un sistema sancionatorio que presume de considerarse adornado por un garantismo jurídico-penal mínimo.

166.- MIR PUIG, S. (2014: pág. 8).

Una postura válida para justificar este sistema de punición sería mutar la pena hacia una medida de seguridad dada la característica de no exigencia de la declaratoria de culpabilidad que la distingue. Más allá de presentarlo como un problema de nombres o denominaciones el estatus eminentemente preventivo que impregnan estas medidas hacen que coincida con la finalidad de prevención general – retributiva que tiene la pena, de acuerdo con el Artículo 52 y Artículo 619, num. 6to del COIP para evitar que la corporación siga siendo un escenario de continuidad delictiva o fuente peligrosa de producción de daños o riesgos a los bienes jurídicos protegidos. Hay que estar conscientes que esta salida de renunciar a la pena implica un peligroso ensanchamiento de las medidas de seguridad que pueden dar lugar a peligroso crecimiento del poder sancionatorio de la administración y un peligro para los derechos y garantías ciudadanas.¹⁶⁷

Sin embargo, nos ratificamos en la inexistencia de una dualidad a la hora de la individualización de la pena porque de atenernos a lo prescrito en el Artículo 54 del COIP que contienen las referencias para el juzgador a la hora de la imposición de la pena como son las circunstancias agravantes, atenuantes, situación de la víctima, gravedad de la lesión y grado de participación, todas ellas se refieren a la persona física como sujeto activo del delito. Únicamente en los delitos en contra de la naturaleza y de la paccha mama se reconoce una atenuante prevista en el Artículo 259 por la cual se podrá reducir hasta un cuarto de las pena cuando quien cometa la infracción adopte las medidas y acciones que compensen los daños ambientales.

Sin embargo, desde el punto de vista académico, para zanjar este obstáculo penal – constitucional con enfoque en la culpabilidad, Silva Sánchez¹⁶⁸ propone que dada la realidad adoptada

167.- BAJO FERNÁNDEZ, M. (1983): "De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: Revista de Derecho Industrial, N°. 14, año 5. Buenos Aires. Pág. 274. Recuperado del sitio <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=68528&print=2>

168.- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2016). "Fundamentos del Derecho penal de

por el legislador al establecer un sistema confuso y contradictorio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el marco de un Derecho penal expandido, cree que es posible la convivencia de un Derecho penal de dos velocidades de delitos y sanciones. La segunda velocidad contendría la responsabilidad penal corporativa por delitos cometidos por personas físicas dentro de un estado de defectuosa organización de la persona jurídica que haya facilitado su comisión y que produzca un enriquecimiento injusto que bien podría ser neutralizado con la imposición de la pena de multa. En este punto no se aplicarían necesariamente los mismos parámetros de comparación con la culpabilidad de la persona física sino simplemente la constatación de estados de antijuridicidad en el que se encuentre desarrollando sus actividades la persona jurídica. El problema en la legislación ecuatoriana es que estamos frente a un sistema vicarial extremo y cerrado configurado de tal forma que cierra toda posibilidad sustantiva, procesal y probatoria de encontrar elementos autónomos de responsabilidad para aplicarlos a los entes colectivos ni aun desde un plano de pura normativización.

Presenciamos un sistema punitivo de hecho en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

II. LAS CLASES DE PENAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL COIP

Pretender institucionalizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una tarea que enfrenta dificultades graves como la compatibilización del concepto de pena con persona jurídica teniendo en cuenta la finalidad de la misma y la alta dosis de personalización que tiene la pena junto con la dificultad de adaptarla al reproche ético – jurídico dirigido a las personas corporativas. Por ello el COIP establece una lista de penas aplicables a los entes morales, separados y distintos de las previstas para las personas físicas, al igual que las agravantes y las atenuan-

la Empresa". Buenos Aires:
Editorial B de f. (págs. 352 y ss.).

tes que no son aplicables en todos los casos para las personas jurídicas.

Siguiendo a Silva Sánchez¹⁶⁹ podemos distinguir dos modelos teóricos de consecuencias jurídico penales que son aplicables a las personas ideales:

- Modelo de control externo o modelo económico, cuya base fundamental es sanción pecuniaria. En este modelo cabe la pena de la multa, las actividades de beneficio a la comunidad, remediación integral y la prohibición de contratar con el Estado.
- Modelo de control interno o modelo estructural: Se asienta en la necesidad de intervenir directamente en el ente corporativo lo que permitir un eficiente autocontrol para evitar y prevenir a futuro acciones que les pueda acarrear esa consecuencia pecuniaria. Aquí entra las penas de comiso, clausura y disolución.

En este marco, las penas específicas descritas en el Artículo 71 del código estatuyen la aplicación de las siguientes consecuencias sancionatorias tipificadas en modo directo sin que contenga ciertas consideraciones que exige el principio de proporcionalidad, de necesidad y de utilidad de las mismas, similar al sistema adoptado por el Artículo 66 bis del Código Penal español. Es decir que tenga en cuenta la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; las consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Criterios similares de diferenciación utiliza la legislación española para la aplicación de la multa, de la intervención y de la disolución.

169.- SILVA SÁNCHEZ J.M. (2013). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español. En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coord.): "Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona: Editorial Atelier. (pág. 32).

Analicemos brevemente las penas que el COIP prescribe como consecuencias jurídicas punitivas a las personas corporativas:

A. Multa

De acuerdo con José Luis Díez Ripollés¹⁷⁰ la multa es una pena estimada por muchos autores como la más apropiada para ser impuesta a las personas jurídicas porque tiene reconocidos efectos disuasorios preventivos generales y especiales, condicionados por la finalidad de obtención de beneficios y ganancias económicas en la actividad que realiza. De otro lado, apunta este autor, puede importar efectos preventivo-integradores "... al fomentar que socios o accionistas, directamente perjudicados, exijan a sus administradores y empleados la asunción de una cultura corporativa de respeto a la ley penal. Posee además una gran flexibilidad para acomodarse a la gravedad del delito, y su relación coste de gestión-beneficios a obtener es muy favorable para las arcas públicas..."

En este sentido, la multa es considerada como una medida coactiva externa de carácter accesorio para el sistema punitivo diseñado para las personas físicas que se justifica sobre la base de que las corporaciones no pueden ser condenadas a penas de privación de libertad como consecuencia de la comisión de un delito, convirtiéndose la multa en la sanción principal. Con igual criterio se aplica en las legislaciones europeas¹⁷¹.

En nuestro caso, el Artículo 70 COIP impone al juez la obligación de aplicar la multa prevista en el mencionado Artículo caracteri-

170.- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. "Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación española". Recuperado del sitio: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Las%20penas%20de%20las%20personas%20juri%CC%81dicas.pdf>

171.- FARALDO CABANA, P. (2017:311). "¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?. En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (dir.), NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 303 a 332).

zada por su carácter complementaria a la privación de libertad (el legislador introduce la palabra “además”) y en función del quantum de la pena privativa de libertad. Sin pena no hay multa y de acuerdo a la pena va la multa, son los principios que adopta la legislación penal ecuatoriana obedeciendo a máximas político criminales y a realidades propias y características de nuestra sociedad, cuando se trata de la penalidad para los individuos físicos.

En cambio, el sistema de penas corporativo en el COIP tiene una estructura diferente y pueden aplicarse en forma individual o combinada con las descritas en el Artículo 71 del COIP, destacándose el hecho de que la multa es la pena principal cuya cuantía viene dada por el monto de la pena privativa de libertad establecido en cada delito de la parte especial para las personas físicas. La pena de la persona física es el referente para la imposición de las penas para los entes morales, como tiene previsto el Artículo 258 del COIP. Además, se trata de un sistema autónomo construido en función de la pena establecida en cada tipo penal de la parte especial. Una característica que podemos evidenciar de los diferentes tipos de sanciones a las personas jurídicas es el carácter obligatorio y no potestativo de las penas de multa.

De acuerdo al peso específico de los bienes jurídicos viene la multa. Entre los de mayor protección hasta los de menor importancia las penas fluctúan en los extremos de la extinción de la persona y la multa; a veces van conjuntamente. Por ejemplo, en los delitos contra la humanidad la persona jurídica responsable será sancionada con la extinción de la misma (Arts. 79 al 90). En los delitos de trata de personas en cambio las personas jurídicas son sancionadas con multa de cien a mil salarios básicos unificados del trabajador, SBUT, y la extinción de la misma (Arts. 91 al 94). Igual pena para los delitos de explotación sexual, tráfico de órganos, pornografía. (Arts. 95 – 109). En los delitos de ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras, igual sanción (Artículo 201). Artículo 217 que refiere a la Comercialización,

distribución, importación, almacenamiento y dispensación de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso y consumo humano caducados será sancionada la persona jurídica con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la misma;¹⁷² la Insolvencia fraudulenta, clausura definitiva y multa de cincuenta a cien SBUT (Artículo 205)¹⁷³.

La multa en el COIP se aplica a casi todos los delitos que pueden ser cometidos por personas jurídicas excepto en los delitos con-

172.- Reforma penal. Registro Oficial No.107- Martes 24 de diciembre de 2019 Suplemento

173.-Una breve revisión de los tipos de multa que el legislador introdujo en el COIP prevista en el Artículo

258 COIP. Por ejemplo, en los delitos contra la migración, la pena es la extinción del mismo (Artículo 213). En los delitos de producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados, la pena será de multa de treinta a cincuenta SBUT y extinción de la persona jurídica (Artículo 217). En el delito de desatención del servicio de salud, la multa de treinta a cincuenta SBUT y la clausura temporal (Artículo 218). En los delitos de engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos, la pena será de multa de diez a quince SBUT. (Artículo 235). En los delitos de Destrucción de bienes del patrimonio cultural, la pena será de Disolución (Artículo 237). En los delitos de retención ilegal de aportación a la seguridad social, la pena será de la clausura temporal de los establecimientos (Artículo 242). En las conductas de Invasión de áreas de importancia ecológica (Artículo 245) multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales. En los delitos de incendios forestales y de vegetación (Artículo 246) multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales. Delitos contra la fauna y flora silvestres (Artículo 247) se castiga con una multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales. En los delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional (Artículo 248) igualmente se impone la multa de doscientos a quinientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales. También en los delitos contra los recursos naturales (Artículo 251), multa de quinientos a mil SBUT, clausura definitiva, comiso y remediación de los daños ambientales. En los delitos contra la contaminación del aire (Artículo 253), multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales. En el delito de gestión prohibida y no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas (Artículo 254).

tra la humanidad que contempla la extinción de la persona moral como única pena. En el resto la multa ocupa un lugar de preferencia en todos los delitos de la parte especial del COIP con aplicación combinada con las penas extinción, clausura temporal, definitiva y con la disolución. Únicamente en cinco tipos penales de la parte especial del COIP la pena para la persona jurídica es la multa (Arts. 262 a 266) por lo que no podríamos deducir que la multa prevista en el COIP cumple una función eminentemente preventiva general positiva dentro del sistema de sanciones a las organizaciones. Consideramos que constituiría una conclusión un tanto sobredimensionada porque no se corresponde con la realidad jurídica.

Si a este hecho agregamos que la pena de extinción, clausura definitiva y disolución de la persona jurídica en el COIP se encuentran presentes en cuarenta y seis de los setenta y cuatro tipos penales, dejando en el medio las clausuras temporales y las multas en solitario, nos ratifica el criterio que la multa no está diseñada a constituirse en un referente que proporcione algún predominio de matiz preventivo general positivo de la pena.

La pena de multa de quinientos a mil SBUT, clausura definitiva, comiso y remediación de los daños ambientales. En el delito de falsedad u ocultamiento de información ambiental (Artículo 255), la pena de multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales. En el delito de paralización del servicio de distribución de combustibles (Artículo 262), la pena es la multa de quinientos a mil SBUT. En el delito de adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles (Artículo 263), la pena es de quinientos a mil SBUT. En el delito de almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles (Artículo 264) la pena es de quinientos a mil SBUT. El delito de almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial (Artículo 265), se castiga con la pena de quinientos a mil SBUT. El delito de sustracción de hidrocarburos (Artículo 266) tiene una pena de quinientos a mil SBUT.

Lo realmente llamativo en la tarificación de las multas es que el COIP contempla un monto proporcional al beneficio obtenido por la persona jurídica como producto de las actividades ilegales en las que hubiera incurrido. Por ejemplo, en el delito de adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles del Artículo 263, la pena es de apenas quinientos a mil SBUT, esto es, de aproximadamente de ciento ochenta y cinco mil a trescientos setenta mil dólares cuando las utilidades obtenidas por una empresa podrían significar millones de dólares. Atendiendo al principio de legalidad, la responsabilidad corporativa tiene como única pena la prevista en este tipo penal y no cabría la posibilidad de que pueda decretarse la disolución porque no está contemplada como sanción en el mismo tipo.

Este ejemplo denota la existencia de un sistema un tanto permisivo que, en vez de prevenir la comisión de infracciones, se constituye en un aliciente para continuar con la actividad delictiva porque desde una perspectiva de coste – beneficio existe un amplio margen de incentivo de continuación de los actos lícitos. Las multas severas pero proporcionadas tienen una función disuasoria por naturaleza. Silva Sánchez anticipa el hecho de que “...mediante el instrumento coercitivo de la multa se trata de incentivar a los administradores de la persona jurídica para que no esperen la comisión de un delito en su seno e implanten antes un modelo de prevención...”¹⁷⁴

El Artículo 69 del COIP establece que la pena de multa se determina en salarios básicos unificados del trabajador, SBUT, en general y debe pagarse de manera íntegra e inmediata una vez ejecutoriada la sentencia. No obstante, cuando la persona sentenciada demuestre su incapacidad material para cancelarla en las condiciones antes previstas, el juez podrá autorizar que su

174.- SILVA SÁNCHEZ J (2013). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”. En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): “Raquel Criminalidad de empresa y Compliance”. Barcelona: Atelier. (pág. 35).

cumplimiento se realice de la siguiente manera:

- a) Pago a plazos o por cuotas durante el mismo tiempo de la condena.
- b) Condonación de una parte de la multa si, además, se demuestra extrema pobreza.
- c) Servicio comunitario equivalente, únicamente en las infracciones sancionadas con penas privativas de libertad de un día a seis meses, que no es aplicable a las personas jurídicas.

A diferencia de otras legislaciones, como la española por ejemplo, el legislador no toma en cuenta que la pena de multa puede traer consecuencias negativas para los derechos de los trabajadores que eventualmente saldrían seriamente afectados de aplicarse esta pena de forma prioritaria. Lo realmente preocupante es que nada se dice cuando la cuantía coloca a la persona jurídica en peligro de supervivencia o en peligro de que se destruyan las fuentes y los puestos de trabajo existentes, aun cuando así lo aconseje el interés general. La imposición de la pena de multa para las personas jurídicas no se realiza en proporción al beneficio indebidamente obtenido o perjuicio ocasionado sino que aplica la tesis de la tarifa única en función del tipo de delito sin considerar tampoco la multa impuesta a la persona física.

Tal es la precariedad en la redacción de la penalidad a las personas jurídicas que no precisa ni determina el supuesto de que la persona jurídica condenada no paga voluntariamente la multa impuesta en el plazo que se le hubiera fijado. No prevé algún mecanismo de coacción para el pago como es por ejemplo el caso de la intervención judicial hasta el pago total de la multa.

En definitiva, la pena de multa aplicada en el Ecuador como sanción para los delitos cometidos por las personas jurídicas tiene cierta racionalidad porque prefiere considerar que existen menores costes sociales imponiendo y ejecutando una pena de

multa, con los consiguientes efectos disuasorios y preventivos de la misma. Esta posición implica la aceptación de la persona jurídica como un ente que actúa racionalmente desde el punto de vista de costo – beneficio. Si a criterio de varios autores “... a multa es la pena por excelencia para las personas jurídicas...”¹⁷⁵ para otros no lo es. En este sentido creemos que efectivamente una multa elevada a tal magnitud que equipare los daños infringidos y las utilidades mal habidas por la comisión de la infracción puede tener efectos preventivos positivos. Sin embargo, la sola multa no constituye un motivo suficiente para transformar las estructuras deficientes de las corporaciones, estructuras organizacionales orientadas a la prevención, investigación y denuncia de conductas ilícitas. De allí que se cree necesaria la incorporación de varios tipos de sanciones no pecuniarias conjuntas que vayan orientadas a la reducción de la peligrosidad y del nivel de incumplimiento de la normativa legal en el desarrollo de sus actividades.

De la revisión realizada al COIP, el legislador ecuatoriano se va al otro extremo porque al aplicar las penas de extinción, clausura definitiva y disolución de la persona jurídica en cincuenta y seis tipos penales de los setenta y cuatro previstos para la persona jurídica, y que significan literalmente la pena de muerte para las corporaciones, se elimina definitivamente todo sentido preventivo que pueda darse a las penas impuestas a las organizaciones.

Este marco punitivo específico prácticamente borra del mapa la existencia legal y cierran la puerta a toda posibilidad de enderezar sus procedimientos de vigilancia y control, o de autorregulación, que eventualmente pudieran adoptar las personas jurídicas en el contexto del procesamiento penal.

175.- FARALDO CABAN, P. (2017). ¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?. En: “Las personas jurídicas en el proceso penal: experiencia chilena”. En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (dir), NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España”. Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 413 a 421).

Precisamente la racionalidad corporativa en la previsión de las multas, e incluso en la posibilidad del cierre de las mismas, podrían seguir incentivando la realización de conductas delictivas porque la multa en el COIP no está en función de los daños causados ni de las utilidades percibidas. Por ejemplo, una empresa lava cien millones de dólares provenientes del narcotráfico. Sus utilidades transferidas a paraísos fiscales superan los cincuenta millones de dólares. En el proceso penal se encuentra culpable de la operación de lavado al gerente general a quien le imponen la pena de 10 años de acuerdo al Artículo 317 COIP. Nuestro sistema de imputación penal vicarial extremo, en este caso, aplicaría el Artículo 325 COIP que contienen las sanciones para el delito de lavado de activos, y que concretamente en el numeral tercero determina la clausura definitiva y la imposición de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados.

Esto significa que a la persona jurídica que ya está disuelta, con fondos transferidos al exterior, le impondrán una multa de hasta cuatrocientos mil dólares (a la actualidad). La falta de armonía entre beneficio ilícito y pena es a todas luces risible e irrisoria. Las utilidades y el beneficio de la persona jurídica superan en más del cincuenta mil por ciento.

En definitiva, nuestro sistema de multas para las personas jurídicas responsables de la comisión de un delito es desproporcional y beneficia la criminalidad empresarial. La proporcionalidad de las penas tiene que ir en función de los beneficios ilícitos, como una variable que debe estar determinada una vez cuantificados los beneficios y calculados por parámetros que multipliquen por un factor determinado la ganancia adquirida o incluso la ganancia potencia¹⁷⁶. No puede ser una multa estática como la imple-

176.- FARALDO CABAN, P. (2017: 324). ¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas? En: "Las personas jurídicas en el proceso penal: experiencia chilena". En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (dir), NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 413 a 421). La autora menciona en el caso español: "...En efecto, la recuperación de las ganancias ilícitas constituye una cuestión clave en la lucha

mentada en el COIP porque se torna un instrumento inútil para el proceso de recuperación de estos capitales ilegales producto muchas veces de la corrupción.

B. El comiso

Se considera como tal la pérdida que sufre el infractor, la persona jurídica en caso de ser responsable penal, de todos los efectos, bienes, productos, instrumentos, ingresos valores obtenido o utilizados para financiar o cometer la infracción penal.

Regulado por el Artículo 69, núm. 2do, el comiso se aplica únicamente en los delitos de carácter doloso y si se trata de bienes inmuebles serán transferidos al organismo encargado de la administración y gestión inmobiliaria del Estado, y en el caso de valores, éstos serán transferidos a la cuenta única del tesoro nacional. Para el caso de las obras de arte comisadas pasan a formar parte de patrimonio tangible del Estado y se transfieren al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural.

El mismo Artículo previene que en las infracciones contra el ambiente, naturaleza o Pacha Mama, contra los recursos mineros y los casos previstos en este Código, la o el juzgador, sin perjuicio de la aplicación del comiso penal, podrá ordenar la inmediata destrucción o inmovilización de maquinaria pesada utilizada para el cometimiento de estas infracciones. Podrá ordenar el juez la destrucción de los instrumentos, productos o resultados de la infracción a menos que por su potencial beneficio sean declarados de uso social o de interés público.

Los efectos del comiso penal, específicamente para el caso de las personas jurídicas, de acuerdo con el Artículo 71, núm. 2 son: contra la delincuencia económica y organizada. La multa proporcional que se determina por parámetros que multiplican la recompensa o ganancia que el reo obtuvo, e incluso la que presuntamente hubiera podido conseguir, acaba haciéndose efectiva sobre bienes que el delincuente pudo haber adquirido por medios completamente lícitos, lo que puede aproximarse en sus efectos a la tradicional confiscación total de bienes de nuestro derecho histórico..."

Los actos y contratos existentes relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante el mismo juzgador de la causal penal.

Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.

C. Disolución de la persona jurídica extranjera

La disolución está regulada por el Artículo 71 del COIP y aplica únicamente a las personas jurídicas extranjeras. La disolución es la pérdida de la condición de persona jurídica y de las atribuciones para continuar desarrollando sus actividades previstas. Esta especie de pena de muerte para los entes corporativos está contemplada para ser aplicada en caso extremos de criminalidad empresarial o en casos de reincidencia múltiple.

Primero realicemos las puntualizaciones siguientes:

- 1.- El COIP utiliza términos como “extinción” de las personas jurídicas como sinónimo de disolución. Por ejemplo, en los delitos contra la humanidad (Arts. 79 al 90), en los delitos de trata de personas (Arts. 91 al 94), en los delitos contra la migración (Artículo 213), en los delitos contra la migración (Artículo 213), en los delitos de producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados, (Artículo 217), en los delitos de Destrucción de bienes del patrimonio cultural (Artículo 237), este último es el único en el que utiliza la expresión apropiada de “disolución”.
- 2.- La extinción de la persona jurídica extranjera requiere la aplicación del Reglamento de disolución, liquidación, reactivación de compañías emitido por Resolución de la Superintendencia de Compañías N.13 y publicada en el del Registro Oficial 143 de 13-dic-2013. La extinción de la persona jurídica extranjera

a través de la cancelación de su permiso de operación implica procesos de disolución, liquidación y cancelación dentro de un marco procesal que toma cierto tiempo.

- 3.- La disolución implica el inicio de un proceso de extinción de la persona jurídica con consecuencias graves no solo para quienes fungen como representantes y propietarios de la misma sino para quienes trabajan para ella, como son sus empleados y trabajadores, que resultarían afectados en sus derechos laborales. Además, implica la cesación de sus actividades comerciales y financieras con terceros lo que implica una disminución de las transacciones comerciales, financieras o de servicios que se terminarían con la disolución, sin olvidar los aspectos tributarios que afectan directamente los ingresos del Estado. Otro aspecto de igual gravedad son las implicaciones derivadas de la disolución de sindicatos, comités de empresas, partidos políticos, asociación de comerciantes, asociación de copropietarios, de medios de comunicación, clubes deportivos, etc., jurídicamente reconocidos.

Es decir, no es una medida que debe utilizarse para ser usada en delitos de menor cuantía sino que debe referenciarse para el caso de delitos graves y gravísimos en los que se involucra la persona jurídica. No solo es la gravedad del delito cometido por la persona física el único ámbito de referencia porque las consecuencias jurídicas de la gravedad de la infracción cometida por un individuo no pueden trasladarse sin más a la persona jurídica. Un escenario de desorganización corporativa no conlleva a que la pena de disolución se aplique sin la consideración a otros factores de importancia como es el nivel de peligrosidad en la que se encuentre la corporación. Determinar ese nivel de peligrosidad requiere del análisis y la verificación de otros parámetros adicionales.

- 4.- En teoría la pena de disolución solo debería estar contemplada únicamente para los casos en que la persona jurídica

haya sido creada específicamente como una organización criminal cuya característica peculiar es que las operaciones y las actividades ilegales superan las actividades legales de la corporación. Igual debería aplicarse para el caso de desviación del objeto de su creación que implique una modificación profunda y determinante en la cualidad del objeto de la existencia de una persona jurídica. Pero si estamos en un escenario en el que en forma esporádica o circunstancia se verifica la comisión de un delito en el seno de sus operaciones por un desvío excepcional de su fin social, que no supere la pena de los cinco años de prisión privativa de libertad para las personas físicas, no debería contemplar la aplicación de esta pena rigurosa. Incluso legislaciones como la española contemplan como condicionante de la imposición de la disolución permanente el hecho de que la persona jurídica imputada sea reincidente con por lo menos tres delitos (Artículo 66.15.^a del Código Penal) y siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

- 5.- La forma como está redactado el núm. 6to del Artículo 71 permite intuir que la disolución no es un efecto de aplicación inmediata porque los jueces penales tienen sus límites previstos en el código Orgánico de la Función Judicial dado el carácter compuesto de la extinción del ente moral (Disolución, liquidación y cancelación). Solo puede ser declarada pero efectivizada por los órganos respectivos de control administrativo que serán quienes terminarán con el proceso.

Para su aplicación únicamente se verifica la existencia del delito cometido por uno de sus representantes, funcionarios o trabajadores dependientes sin consideraciones de individualización de la pena.

- 6.- La disolución de la persona jurídica extranjera se aplica únicamente a las corporaciones extranjeras dejando a salvo la

aplicación de otras medidas para las personas jurídicas nacionales. Esta discriminación legal extrapola la consideración que en términos del principio de igualdad debe darse a todas las personas morales que cometan esos mismos tipos de delito. En efecto, un crimen de lesa humanidad cometido en el seno de la persona jurídica nacional no conlleva la pena de disolución porque esta sanción únicamente está reservada para las extranjeras. Y si nos atenemos al principio de legalidad por el cual todo tipo penal debe contener el presupuesto de hecho y la pena en forma clara taxativa, podemos llegar a la impresionante conclusión de que la persona jurídica nacional que comete un delito contra la humanidad no sería sancionada ni con multa porque la disolución no se aplica para las nacionales y la multa no está contemplada en los tipos penales.

D. Clausura temporal o definitiva de los locales o establecimientos.

En el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la misma o el daño ocasionado proceden la toma de estas medidas. Hagamos algunas precisiones:

- 1.- La clausura temporal de locales y establecimientos tiene como efecto inmediato, en primer lugar, impedir el acceso a locales, oficinas o instalaciones en donde funciona la persona jurídica. Este impedimento implica igualmente la prohibición de la utilización de los bienes que se encuentren en su interior lo que trae como efecto inmediato la suspensión de las actividades de la corporación.
- 2.- Cuando se dispone el cierre temporal o definitivo de los locales hace referencia a que el establecimiento que sufre esta sanción es el local en el que se cometió el delito. Entendido de esta manera bien podría la persona jurídica funcionar desde otro local o desde otra sucursal en la que no sucedieron los hechos delictivos. Incluso si la persona jurídica tiene un

solo establecimiento bien puede funcionar desde un lugar distinto sin que esta decisión signifique un desacato a lo ordenado como pena por el juez. Por tanto, la pena de clausura definitiva o temporal del local, tal como está prevista, no viene deriva como consecuencia la terminación o el cese de la actividad corporativa, puesto que podrá seguir funcionando y desarrollando sus actividades que las venían desempeñando hasta el momento del cierre.

3.- Lastimosamente en este tipo de pena aplicable a las personas jurídicas, el COIP no establece un conjunto de límites dentro de los cuales la decisión del juez pueda encuadrarse en relación con la duración de la clausura, excepto lo dispuesto en el Artículo 247 y 264 del COIP donde el tiempo de clausura es el mismo que dura la pena de la persona física. El resto se guía por el criterio personal de juzgador en un contexto de amplia discrecionalidad judicial puede tener consecuencias serias sobre quienes van a recaer los efectos de estas sanciones, como son, los socios, trabajadores y terceros ligados al ente moral en razón del giro de las actividades que desarrolla.

4.- Los delitos para los que están contempladas las penas de clausura definitiva son:

- En los delitos de ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras (Artículo 201), Insolvencia fraudulenta (Artículo 205).
- En los delitos contra los recursos naturales (Artículo 251), multa de quinientos a mil SBUT, clausura definitiva, comiso y remediación de los daños ambientales
- En el delito de gestión prohibida y no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas (Artículo 254). La pena de multa de quinientos a mil SBUT, clausura definitiva, comiso y remediación de los daños ambientales

- En los delitos contra los recursos naturales (Artículo 251), multa de quinientos a mil SBUT, clausura definitiva, comiso y remediación de los daños ambientales
- En el delito de gestión prohibida y no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas (Artículo 254). La pena de multa de quinientos a mil SBUT, clausura definitiva, comiso y remediación de los daños ambientales

5.- Los delitos para los que se contempla la pena de clausura temporal son:

En el delito de desatención del servicio de salud, la multa de treinta a cincuenta SBUT y la clausura temporal (Artículo 218):

- En los delitos de retención ilegal de aportación a la seguridad social, la pena será de la clausura temporal de los establecimientos (Artículo 242).
- En el delito de desatención del servicio de salud, la multa de treinta a cincuenta SBUT y la clausura temporal (Artículo 218).
- En los delitos de retención ilegal de aportación a la seguridad social, la pena será de la clausura temporal de los establecimientos (Artículo 242).
- En los delitos de Invasión de áreas de importancia ecológica (Artículo 245) multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales.
- En los delitos de incendios forestales y de vegetación (Artículo 246) multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales.- Delitos contra la fauna y flora silvestres (Artículo 247) se castiga con una multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales.

- En los delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional (Artículo 248) igualmente se impone la multa de doscientos a quinientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales.
- En los delitos contra la contaminación del aire (Artículo 253), multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales.
- En el delito de falsedad u ocultamiento de información ambiental (Artículo 255), la pena de multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales.
- En los delitos contra la contaminación del aire (Artículo 253), multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales. En el delito de falsedad u ocultamiento de información ambiental (Artículo 255), la pena de multa de cien a trescientos SBUT, clausura temporal, comiso y remediación de los daños ambientales.
- En los delitos de almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles (Artículo 264 COIP) clausura temporal por el tiempo igual que la pena impuesta a la persona natural.

E. Realizar actividades en beneficio de la comunidad.

Hay una especie de máxima confirmada por muchos estudios que afirman que las penas cortas de prisión son inútiles y nocivas para los fines resocializadores de la misma. La doctrina francesa introdujo los trabajos comunitarios en su legislación allá por los años ochenta emulando la exitosa medida inglesa del *Community service order*,¹⁷⁷ Son penas pensadas desde el ám-

177.- GARCÍA, F. "La pena de trabajo en beneficio de la comunidad des-

bito correctivo y aplicada únicamente a las infracciones penales leves en donde el consentimiento del condenado es relevante.

El Artículo 60 del COIP introduce dentro de las penas no privativas de libertad, núm. 2do., la obligación del condenado a prestar un servicio comunitario el mismo que es definido en el Artículo 63 como el trabajo personal no remunerado que se realiza en cumplimiento de una sentencia por un máximo de tiempo de doscientas cuarenta horas. Si la pena es de hasta seis meses de privación de libertad, el servicio comunitario durara hasta ciento ochenta horas y en caso de contravenciones, por no más de ciento veinte horas. Las reglas a las que deben someterse son las siguientes:

1. Que se ejecuten en beneficio de la comunidad o como mecanismo de reparación a la víctima y en ningún caso para realizar actividades de seguridad, vigilancia para generar plusvalía o utilidad económica.
2. Que el tiempo para su ejecución no impida la subsistencia de la persona con condena, pudiendo ejecutarlo en tal caso después de su horario de trabajo, los fines de semana y feriados.
3. Que su duración diaria no exceda de tres horas ni sea menor a quince horas semanales.
4. Que sea acorde con las aptitudes de las personas con discapacidades que hayan sido condenadas.
5. El Artículo 69 literal c) establece que el servicio comunitario equivalente se aplicará en las infracciones sancionadas con penas privativas de libertad de hasta seis meses. Esto evidentemente se refiere a las personas físicas.

- No exige el Artículo 60, 63 y 69 del COIP como requisito el consentimiento del condenado para la realización de los trabajos en beneficio de la comunidad lo que de alguna manera viene a contravenir lo establecido en el Artículo 66 de la Constitución de la Republica que prohíbe el trabajo forzoso y gratuito. No es que este trabajo gratuito se le impone como medida accesoria a la privación de la libertad, sino que se trata de la pena puesto que las personas jurídicas no pueden recibir como pena la privación de su libertad. En tal virtud ofrecer esta alternativa de pena a la privación de la libertad debe obligatoriamente que contar con la aceptación y el consentimiento del condenado.
6. Debe realizarse en beneficio de la comunidad o como mecanismo de reparación a la víctima mediante el trabajo sin que afecte la propia subsistencia del condenado. Por eso se acepta fuera del horario de trabajo o en días no ordinarios. Debemos tener en cuenta que el trabajo es gratuito porque no sería justo que quien comete un delito afectando un bien jurídico protegido sea compensado por un trabajo, por el contrario debe con su trabajo equiparar el perjuicio ocasionado.
 7. La redacción del Artículo 71, núm. 4to. COIP a diferencia de Artículo 63 no especifica el modo, las formas, el tiempo de duración, la supervisión del cumplimiento y el tipo de actividades que en beneficio a la comunidad debe realizar. Lo más probable es que el servicio comunitario simplemente se circunscriba al cumplimiento de la prestación que el juez penal mediante sentencia obligue a la persona jurídica en beneficio de la comunidad sea está considerada como víctima en particular o simplemente de manera general. Las actividades en beneficio de la comunidad como pena que podría imponerse a las personas morales no se encuentra tipificada como tal en ningún delito de los que pueden ser cometidos por los entes corporativos, a diferencia de los otros tipos de pena como la multa, la disolución o la reparación. Siendo tipos penales cerrados, es decir que no pueden extenderse más allá de lo

que determina su tenor literal, la realización de actividades en beneficio de la comunidad simplemente no es aplicable como tal en los delitos cometidos por las personas jurídicas.

8. Las actividades en beneficio o al servicio de la comunidad únicamente se encuentran previstos para Arts. 348^a, 352, núm. 2,4; Artículo 384 c y 400 del Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia.

F. Reparación integral de los daños ambientales causados.

La reparación del daño ambiental debe sujetarse a reconocidos principios de prevención, corrección a la fuente y quien contamina paga. El objeto de la reparación integral es la restitución de los elementos ambientales al estado anterior previo al daño producido y que en incluso puede significar medidas preventivas de potenciales perjuicios ambientales que puedan ocasionarse en el futuro. Esta actividad reparatoria eventualmente podría ser realizada por la propia empresa condenada por sí misma o mediante la contratación de terceros a su nombre y a su costo realicen la remediación obligada.

De acuerdo con el Artículo 397 de la Constitución de la República el estado, en principio, se compromete a realizar las reparaciones integrales del medio ambiente con sus propios recursos, sin perjuicio de iniciar procesos posteriores de repetición en contra de las personas, entre ellas las jurídicas, de encontrarse culpables de esa actividad ilícita. No distingue la responsabilidad penal en contra de las personas jurídicas de la responsabilidad civil y administrativa.

Pero el cumplimiento de esta pena genera enormes dificultades a la hora de su concreción sea porque este trabajo presenta enormes dificultades técnicas, científicas y económicas principalmente relacionadas con el desconocimiento del estado del medio ambiente anterior al hecho o cuando los daños son ma-

terialmente imposibles de reparar. En este contexto se podría buscar o que la misma naturaleza se encargue de regenerar ese entorno natural o que la empresa realice emprendimientos en otro lugar y que tenga relación con actividades de recomposición de los ecosistemas.

G. Prohibición de contratar con el Estado.

Es una sanción impuesta por un juez de garantías penales en contra de una persona jurídica mediante sentencia y como justa consecuencia por la comisión de un delito luego de haber sido juzgado de acuerdo a las reglas del debido proceso. La particularidad con este tipo de pena no viene dada en función de la prevención frente a futuras eventualidades de reiteración de la conducta corporativa en su empeño por seguir cometiendo actos ilícitos. Tampoco en reducir las potencialidades peligrosas de la misma derivadas de los contratos que firmare con el Estado.

La principal finalidad de este tipo de sanción es que la persona jurídica sufra las justas consecuencias de su acto por haber cometido la infracción tipificada como delito y por la cual ha recibido esta sentencia. Exhibe una finalidad retributiva como si la prohibición de contratar con el Estado causara un estado de aflicción en la persona colectiva, aspecto que ya habíamos descartado anteriormente porque esta prohibición es apenas una limitación de derechos frente a la administración pública impuesta por sentencia por medio de la cual la persona jurídica es privada de la facultad de participar en cualquiera de los procedimientos contractuales convocados por las entidades estatales. Las actividades del objeto social siguen intactas, así como el ejercicio de sus actividades en el ámbito privado. Lo que no pueden es presentarse en calidad de proveedor de bienes, obras y servicios en los procesos de selección, ni presentar ofertas, propuestas, peor ser objeto de adjudicaciones con motivo de aquellas.

La prohibición de contratar con el Estado es una medida que no está orientada a salvaguardar los principios de moralidad,

igualdad, imparcialidad, libre concurrencia o transparencia en la contratación pública por alguna situación de favorabilidad o privilegio que pudiera tener. Se trata de una medida eminentemente retributiva regresando un mal por el mal realizado sin que se pueda extraer alguna utilidad, por lo menos preventiva, en esta clase de penas.

El problema, al igual que algunas de las otras penas, es la falta de precisión en cuanto a la duración de esta pena porque el Artículo 71 del COIP no establece límites dentro de los cuales pueda desenvolverse los criterios de discrecionalidad del juez. Deja un rango de actuación judicial demasiado amplio que podría dar lugar a problemas de constitucionalidad en cuanto a la duración de una pena, que por su naturaleza no puede tener el carácter de indeterminada por mandato expreso de la normativa penal vigente.

H. Medidas cautelares para las personas jurídicas en el COIP

Las medidas cautelares de acuerdo al Artículo 519 del COIP tienen la finalidad de proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal; garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral y evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción; y finalmente a garantizar la reparación integral a las víctimas.

1. Medidas para proteger los derechos de las víctimas, el cumplimiento de la pena, reparación integral de las víctimas.

Recordemos que el proceso penal tiene no solo un fin condenatorio del procesado, sino que persigue un fin restaurativo que empieza definiendo el estado de cosas dejado por la comisión

del delito y cómo ese estado de cosas estaba temporalmente antes de la infracción¹⁷⁸.

En este sentido, las medidas cautelares son aquellas que tienen la función de restaurar el orden alterado, de asegurar la eficacia de los pronunciamientos de los jueces, a conservar los elementos probatorios de los efectos del tiempo de duración del proceso, paliar ciertos efectos inmediatos del delito mientras se dilucida el caso, a proteger la integridad de la víctima, de evitar la continuación de las actividades delictivas y el parecimiento de nuevas víctimas mientras dura el proceso.

Las medidas cautelares sobre la persona jurídica varían un tanto frente a la naturaleza misma de sus acciones y de su constitución. Estas medidas sirven "... para asegurar los pronunciamientos pecuniarios propio de las sanciones penales que le son insitas: multas, fianza, costas, provisión de fondos para el pago de alguna pericia o medio probatorio necesario, decomisos y responsabilidades civiles, como para realizar la ocupación, retención, conservación y custodia de efectos y vestigios del delito, como para evitar, a la misma o a otras víctimas más perjuicios o agravamientos futuros con su actuación, especialmente con el mantenimiento del empleo y la actividad comercial misma..."¹⁷⁹

Concretamente el Artículo 550 COIP establece que las medidas cautelares para personas jurídicas son:

- a. Clausura provisional de locales o establecimientos.
- b. Suspensión temporal de actividades de la persona jurídica.
- c. Intervención por parte del ente público de control competente.

178.- VELASCO NUÑEZ, ELOY. (2017: 157). "Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente". En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 157-176)

179.- VELASCO NUÑEZ, ELOY. (2017: 159).

La intervención se podrá suspender previo informe del interventor.

El Artículo 549 del COIP enumera las modalidades a través de las cuales el juzgador podrá ordenar las prenombradas medidas cautelares sobre los bienes de la persona natural o jurídica procesada las mismas que una vez tomadas se inscribirán en los registros correspondientes: El secuestro, incautación, la retención, la prohibición de enajenar y la inmovilización de los bienes, fondos y demás activos de propiedad o vinculados o que estén bajo el control directo o indirecto de personas naturales o jurídicas.

Como vemos, son medidas que restringen los derechos de la persona corporativa relacionados con sus potestades legales para usar sin restricciones los locales y establecimientos de su propiedad, el impedimento temporal para cumplir las actividades propias del objeto social para el que fueron creadas y la utilización de sus bienes o recursos que sean de su propiedad o que estén bajo su dependencia, como reza el Artículo 551 COIP. Las medidas cautelares para las personas jurídicas tienen un tratamiento específico distinto de las medidas cautelares para las personas físicas porque dada la naturaleza de los entes corporativos aquellas no pueden ser impuestas para garantizar la presencia de las personas morales al proceso a través de la prisión preventiva.

Aparentemente las tres medidas cautelares y las cuatro modalidades, modelo *numerus clausus*, dada la ausencia de normas regulatorias especiales, deberá ser solicitada por el fiscal de la causa al juez penal. Los arts. 554 y 555 COIP prescriben que todas las medidas cautelares de carácter real comprenden bienes por valores suficientes para garantizar las obligaciones de la persona procesada, los mismos que serán fijados con equidad por la o el juzgador al momento que se ordene la respectiva medida. Si van a juicio el juez dispondrá la prohibición de enajenar

y la retención de las cuentas si antes no lo ha hecho, por una cantidad equivalente al valor de la multa y a la reparación integral de la víctima.

Además, la administración, previo al avalúo pericial, podrá vender en subasta pública, los bienes muebles de la persona procesada antes de que se dicte sentencia definitiva. Inmediatamente después de la venta, se consignará el dinero en una cuenta habilitada por el Estado para el efecto. El producto íntegro de esta venta más sus intereses se devolverán a la persona procesada en el caso de que sea ratificada su inocencia. Caso contrario, una vez dictada la sentencia condenatoria, en caso de infracciones de lavado de activos, terrorismo y su financiación, trata de personas, tráfico de migrantes y tráfico de drogas todo lo incautado serán transferidos directamente a propiedad del Estado, tal como lo determina el Artículo 557 COIP.

En cuanto al tiempo de duración, la imposición de las medidas cautelares, al ser una institución procesal, tienen un tiempo de duración que coincide con el tiempo de duración del proceso hasta que se dicten sentencia: seis meses en los delitos sancionados con penas iguales o inferiores a los cinco años; y de un año en los delitos con penas que superar los cinco años como pena, sin incluir los periodos adicionales que se establecen por la impugnación.

2. Medidas cautelares para proteger la integridad de las pruebas y elementos de convicción

El Artículo 551 inciso segundo COIP ordena que en los delitos en contra de la naturaleza o Pacha Mama y los casos determinados en este Código, el juzgador, de ser procedente, ordenará la incautación, la inhabilitación o la destrucción de maquinaria pesada, que por su naturaleza cause daño ambiental o sea de difícil movilidad. Igual procedimiento se aplicará en los delitos de terrorismo, lavado de activos.

La aplicación de las medidas cautelares siempre tendrá sus fricciones con el principio de presunción de inocencia porque no es fácil asimilar las razones por las cuales a una persona se le priva del uso y goce de un bien jurídico cuando su culpabilidad no ha sido declarada judicialmente y con sentencia ejecutoriada. Más aun cuando se trata de las personas jurídicas que tienen trabajadores dependientes de su actividad, proveedores que también ocupan mano de obra, socios que han invertido en sus operaciones. La aplicación de las medidas cautelares sobre efectos de las personas jurídicas deberá tener estas previsiones por las que se preserven principalmente los intereses de terceros que pueden ser seriamente afectados, en vez de priorizar los intereses de aquellos que cometieron el delito. El juez debe tener la libertad de valorar profundamente sus decisiones, más allá del fin eminentemente recaudatorio que pudiera tener la Política Criminal.

3. ¿Cuál es el momento procesal oportuno para dictar medidas cautelares sobre la persona jurídica en un modelo vicarial extremo?

En el sistema de procesamiento dual que se deduce del sistema de responsabilidad colectivo implementado por el COIP, las medidas cautelares en contra de las personas jurídicas no pueden imponerse en la Audiencia de Formulación de cargos en contra de la persona física en razón de que las medidas se imponen sobre la base procesal de que el afectado, en este caso la persona jurídica, debe estar procesado penalmente. No se pueden imponer medidas cautelares a quien no es sujeto procesal ni en calidad víctima ni en calidad de imputado penal.

La exigencia lógica y racional, pensada desde lo constitucional, de la existencia de un proceso penal posterior al que declara la responsabilidad del delito a la persona física, conlleva la posibilidad de que sea en la audiencia de formulación de cargos que se realice en contra de la persona jurídica el momento procesal

adecuado para que fiscalía solicite la juez la imposición de medidas cautelares en contra de la persona jurídica. Antes no es viable.



PARTE III

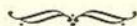
EL PROCESO PENAL DE INOCUIDAD DE RESPONSA. LINEAS GENERALES DE LA PENALIDAD JUDICIAL

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD PENAL COMO MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL PROPIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

PARTE III

EL PROCESO PENAL EN EL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL PROPIO DE LA PERSONA JURÍDICA



CAPÍTULO I

LAS FALENCIAS EN LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. NECESIDAD DE SUPERAR EL MODELO VICARIAL

Como hemos recalcado la RPPJ en este sistema proviene no de un hecho típico ejecutado por la persona jurídica sino de la actividad contraria a la norma penal realizada por una persona física. Es decir, el hecho generador viene dado por la conducta del agente, empleado, funcionario, accionista o propietario, administrador y hasta de terceros relacionados contractualmente con la persona jurídica, que indiscutiblemente ejecutan el hecho delictivo y responden penalmente por ello. Al final del proceso, de existir la responsabilidad penal de la persona física esta responsabilidad se traslada al ente corporativo por reflejo o por rebote, términos utilizados en la Exposición de motivos de la LO 1/2015 del Código Penal español.

En opinión de FEIJOO SÁNCHEZ "...para que la persona jurídica responda por el hecho delictivo hace falta como requisito o presupuesto que una persona física haya realizado los elementos del tipo correspondiente, pero también hace falta más que dicha conducta individual..."¹⁸⁰. Es decir, un mismo hecho no puede servir de fundamento tanto de la responsabilidad individual como de la corporativa porque daría lugar a ciertos absurdos

180.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:49). "El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas". Pamplona: Editorial Civitas.

como aquel por el cual pese a que la corporación incumplió las expectativas normativas no sea sancionada, es decir, si la persona individual no es declarada culpable (se beneficia del contenido de inocencia de la sentencia a favor de la persona física) la persona jurídica igualmente no es culpable. El absurdo viene también en sentido contrario, cuando la persona jurídica es responsable pese a contar con todos los recaudos organizativos internos cuando la persona física, que no obedeció la normativa interna o que simplemente evadió los controles impuestos con rigurosidad por la empresa, es declarada culpable.

El otro defecto del modelo vicarial hace referencia al exceso de la responsabilidad de la persona jurídica por todo delito cometido por la persona física. No existen excepciones ni se atenúa o se disipa la responsabilidad penal aun en el evento que la persona moral haya realizado los mejores esfuerzos para evitar, prevenir, corregir y hasta restaurar el daño ocasionado por la acción delictiva del individuo.

El modelo vicarial, en general, evidencia a la persona jurídica no como un agente generador del hecho delictivo. Es la persona física la que comete el acto por lo que la responsabilidad penal impuesta a la corporación por un evidente obrar de otro no tiene sentido y se acerca mucho al concepto de responsabilidad objetiva que contradice los principios constitucionales de la responsabilidad penal. Existen sobradas razones para afirmar que es un equívoco presumir la identificación cerrada entre persona natural y persona jurídica porque priva o desconoce la dimensión institucional de la segunda, porque va mucho más allá de la concepción plana que distingue a la corporación como simple sumatoria de individualidades y porque además la culpabilidad, según la teoría tradicional del delito, responde al principio del injusto personal y debería, por tanto, aplicarse al autor del hecho. Nadie es responsable penalmente por un hecho que no ha cometido.

II. MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL PROPIA DE LA PERSONA JURÍDICA.

A. Breves apuntes introductorios.

La culpabilidad es la categoría más importante, discutida e imprescindible del Derecho penal según el criterio que prima en muchos ilustres tratadistas para quienes el principio de la no existencia de la pena sin culpabilidad es el elemento presente en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Esta categoría del delito a la hora de determinarlo en las personas jurídicas abre un debate que ha generado un sinnúmero de teorías y explicaciones que son necesarias de tomarlas en cuenta a la hora de la precisar y fundamentar la RPPJ.

Cabe explicar que si estamos bajo un régimen constitucional de Estado de derechos y justicia resulta obligatorio definir en este contexto normativo la culpabilidad de la corporación y el proceso de penalización al que se encuentra sometida. Este aspecto que requiere ser legitimado desde el Derecho penal y desde la necesidad garantista de los derechos fundamentales de un sujeto, como la persona jurídica, que en nuestro ordenamiento jurídico esta investido de los mismos derechos y garantías constitucionales que la persona física. A continuación vamos hacer un recuento muy sucinto de las principales teorías de atribución de la culpabilidad por hecho propio y de los presupuestos que las fundamentan.

El juicio de culpabilidad es importante a la hora de determinar la responsabilidad penal por la omisión o comisión de una conducta típica y antijurídica. Es el análisis final que en última instancia se convierte en un mecanismo de regulación de la pena y en el fundamento mismo de ella. Pero a esta altura del debate, están superadas las teorías de la culpabilidad corporativa como una relación mental o psíquica entre la conducta y el autor o como una concepción psicológica – normativa toma en cuenta el aspecto volitivo del autor. Tampoco puede ser aplicable la cul-

pabilidad fundamentada la libertad de comportamiento de una persona que está en capacidad de actuar libre y con autodeterminación porque son incompatibles para entes de naturaleza moral imposibilitados de valorar una norma y ser objetos de un reproche por su comportamiento antijurídico.

En este sentido, por ejemplo, en el sistema español, la sentencia SSTC 246/1991 de 19 de diciembre, FJ 2.º y 129/2003, de 30 de junio, FJ 8.º del Tribunal español es muy concreto cuando dice "...Esta construcción diferente de la imputabilidad de la autoría a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que corresponden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz..."¹⁸¹.

Frente a la extrema complejidad de fundamentar la culpabilidad penal corporativa ceden ante la posibilidad de estructurar otro sistema de responsabilidad ajeno a la persona física y que posibilite la aplicación de un sistema punitivo empresarial dotado de los mismos derechos y garantías constitucionales que tienen las personas naturales, lógicamente en lo que se pueda aplicar.

1. El problema de la acción y de la culpabilidad de las personas jurídicas desde la dogmática tradicional.

La complejidad de las relaciones sociales, financieras y comerciales, en un mundo globalizado de generación de riesgos en masa, han dejado el plano individual para migrar a una dimensión corporativa dando nacimiento a nuevas formas de criminalidad empresarial. Partimos del hecho de que la corporación es

181.-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia SSTC 246/1991 de 19 de diciembre, FJ

2.º, y 129/2003, de 30 de junio, FJ 8.º). Ver en <http://lawcenter.es/w/blog/view/22422/sentencia-del-tribunal-constitucional-1292003-de-30-de-junio-de-2003>

una unidad reconocida como persona jurídica que en el contexto de sus actividades normales cometen delitos que afectan bienes jurídicos protegidos.

El tradicional principio del *societas delinquere non potest* fue superado por la creciente magnitud, peligrosidad y potencialidad de las actividades ilícitas que exponencialmente han configurado un campo de actuación societal sobre el cual el Estado debe actuar dentro del marco jurídico constitucional con drasticidad para tener el control de los riesgos generados. Las experiencias de varios países europeos nos demuestran la insuficiencia del derecho administrativo y del Derecho penal de corte individual cuyas categorías teóricas del delito resultan insuficientes para sancionar esquemas de conducta delincuencia corporativa. Los márgenes de impunidad resultan demasiado amplios por el carácter multinacional de sus operaciones de producción, comercialización y manejo financiero – administrativo y tenían el efecto de difuminarse ante cualquier intento de persecución penal desde un ordenamiento jurídico nacional. Los beneficios de las corporaciones, de sus dirigentes y propietarios estaban muy alejados de los esfuerzos procesales y penales realizados por los estados para sentarlos en el banquillo de los acusados.

Excepto en países de tradición anglosajona, en Europa continental y en Latinoamérica se dificulta mucho el procesamiento penal de las personas jurídicas por la presencia activa del derecho administrativo sancionador que venía y viene operado. En cambio el Derecho penal clásico, estructurado sobre la imputación a personas físicas, presenta serios obstáculos en la aplicación de sus instituciones clásicas para determinar responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁸², problemas que giran en torno al tema de la capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y la pena, sin dejar de mencionar los bienes jurídicos como objeto de protección.

182.- HEINE G. (2012:27-29). "Modelos de responsabilidad jurídico penal originaria de la empresa, En Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Lima: Ara Editores.

2. Los bienes jurídicos como objeto de protección de la criminalidad corporativa.

ROXIN¹⁸³ es un convencido de que el fundamento de la penalización de una conducta debe estar legitimada por razones distintas al simple arbitrio o parecer del legislador. Todo injusto penal se presenta como una afectación a un bien jurídico protegido traducido materialmente en una lesión o puesta en peligro. Expresa en su más puro sentido la creación de un riesgo jurídicamente no permitido¹⁸⁴. El bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal viene a transformarse en un necesario referente de configuración y de interpretación de las normas penales; y, al mismo tiempo, en un limitante al poder punitivo del Estado.

Las actividades corporativas definidas como centros productores y generadores de riesgos terminan constituyéndose, en la sociedad globalizada, potencialmente en la mayor fuente de afectación a los bienes jurídicos más importantes del individuo, de la sociedad y del Estado, de tal forma que, la configuración punitiva frente a esta realidad exige un tratamiento normativo que vaya más allá del plano de la individualidad personal del sistema penal hasta estadios en los que pueda configurarse un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Si la dignidad humana se siente afectada por actividades corporativas entonces deben responder por esas conductas si propendemos una convivencia social armónica. La responsabilidad penal debe trascender hasta escenarios que incorporen conductas sociales penalmente relevantes atribuibles a las personas jurídicas, como sujetos activos del delito y merecedores de una sanción penal. De tal forma que estas conductas deben referirse

183.- ROXIN, C. (2007). "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?". En: "La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?". Madrid: Marcial Pons.

184.- ROXIN, C. (2014:92). "El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual". En: ROXIN, C. "La teoría del delito en la discusión actual". Lima: Editorial grijley.

a nuevos tipos o clases de bienes jurídicos colectivos, como el medio ambiente, por ejemplo, cuyo ámbito de protección es la sociedad misma vista desde el interés de un conglomerado que supera la dimensión personal¹⁸⁵.

Es decir, una Política Criminal que respete el marco constitucional debe aceptar que si los bienes jurídicos más importantes, tanto individuales como colectivos, son afectados por las actividades corporativas no podría negarse la posibilidad de que los entes colectivos respondan penalmente por tales comportamientos.

3. Sobre la capacidad de acción.

Todo ejercicio dogmático que se ha intentado realizar para justificar una capacidad de acción de la persona jurídica se ha topado siempre con obstáculos derivados de la concepción antropocéntrica y natural de la responsabilidad construida por el Derecho penal individual. Esta concepción naturalista tradicional marca el inicio de una evolución conceptual que va de lo más simple, como el sistema autor único-persona física, a lo más complejo, que contempla la existencia de varios autores y la persona jurídica. Aspecto que no impide la ideación de formas más complejas de la capacidad de acción que den respuestas satisfactorias a las necesidades de la política criminal¹⁸⁶.

185.- HEINE, G. (2012:27-29). "Modelos de responsabilidad jurídica penal originario de la empresa", En: HEINE, G., LAMPE, E., LAUFER, W., GOMEZ JARA, C. Y STRUDLER, A. (coautores): "Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Lima: Ara Editores. (págs. 27-29). Heine también reconoce estar frente a una complejidad del procesamiento penal de las corporaciones dada la dispersión de las actividades corporativas fuera de los límites jurisdiccionales del país. Incluso cuando la corporación tiene diversos niveles jerárquicos igualmente dispersos con estructuras orgánicas igual de complejas que imposibilitan al Derecho penal individual actuar con eficacia.

186.- CUELLO CONTRERAS, J. (2013:5). "El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica". En: Revista Electrónica

Un axioma vigente durante casi todo el siglo XX consideraba que la empresa no tiene capacidad de acción porque está definida en función de un comportamiento exclusivamente humano. Tampoco tendríamos la seguridad de afirmar que estamos frente a una acción final por que la persona jurídica no es capaz de prever las consecuencias de sus propios actos, atributo exclusivo de las personas físicas.

No obstante, la evolución de la dogmática penal ha permitido la concreción de esfuerzos por reconstruir la definición de delito no como una actividad individual unitaria sino como una institución del Derecho penal que tendría un fuerte significado social y normativo. Si son capaces de cumplir con las leyes que la sociedad le impone entonces las personas jurídicas también son capaces de desobedecerlas mediante actos que pueden constituirse en delitos y que por tanto implican la aplicación en su contra de consecuencias penales mediante la imposición de una pena o una sanción. Es un reconocimiento al sustrato de sujeto-activo social y real, con potencialidades plenas para ejercer derechos y contraer obligaciones; lo que le convierte en un sujeto al que se le reconoce derechos fundamentales con plena capacidad para ejercerlos.

En este sentido, si la corporación como sujeto activo realiza conductas que afectan bienes jurídicos individuales o colectivos deben ser objeto del reproche punitivo del Estado más allá de lo trascendente que puede resultar la conducta del autor natural de tales comportamientos. Es la afectación al bien jurídico, más que la persona física que está detrás, lo que adquiere significancia

ca de Ciencia Penal y Criminología, 2013, <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-03.pdf> dice "...Para paliar estos efectos, entendiendo que la imputación a la persona jurídica del hecho delictivo del representante supondría responsabilidad por el hecho ajeno, lo que en Derecho penal está prohibido, otros autores intentan en la actualidad elaborar un injusto social propio de la persona jurídica, que sería lo que se imputara, con independencia de que se estime necesario también el hecho de referencia del delito del representante que el comportamiento delictivo de la persona jurídica habría hecho posible...".

social porque ese acto reprochable no obedece a una decisión de origen organizacional compuesto de estructuras funcionales complejas que toman decisiones diferenciadas de las personas que la componen.

Son decisiones propias de una estructura organizada con centros de mando compuestos de individuos que representan la voluntad de la corporación, más allá del criterio individual. Estas conductas pueden significar la expresión unitaria de la voluntad de delinquir de la persona jurídica. Con mucho aserto TIEDEMANN afirmaba que "...Es "...únicamente un dogma la afirmación que, en el Derecho penal, las acciones son solamente acciones humanas. La acción de una empresa también es acción en la realidad jurídica..."¹⁸⁷ criterio que concuerda con lo que María de los Ángeles Cuadrado afirmaba en el sentido de que no debe ser únicamente la noción de acción humana la que determine la no responsabilidad de las personas jurídicas frente a una infracción penal cometida en su seno¹⁸⁸.

En síntesis, si la persona jurídica actúa en sentido social, y en este contexto ejerce derechos, cumple obligaciones legales y, eventualmente, lesiona o pone en peligro bienes jurídicos protegidos entonces está demostrando plena capacidad para constituirse en un autor de un delito y de interactuar dentro de la jurisdicción penal¹⁸⁹, aspecto que se complementa con el criterio de responsabilidad social que lo analizaremos en otro capítulo.

187.- TIEDEMANN, K. (1996). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recuperado del sitio: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf

188.- CUADRADO, M. A. (2007:3). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?". En: Revista jurídica de Castilla y León. N°. 12, Abril 2007.

189.- TOLOSA, R. (2015:13-43). "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia". En: Revista Derecho penal y Criminología, Vol. 36, N°. 100, enero-junio de 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v36n100.02> o <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4480/5123>

4. Sobre la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas.

El problema de la capacidad de culpa de las corporaciones ha sido el tema que más discusiones dogmáticas ha generado y el punto que mayor dificultad en ser superado por la identificación inseparable del Derecho penal con el principio de culpabilidad penal, entendido este como un principio general y como categoría dogmática del delito.

Como principio del Derecho penal está compuesto a su vez por dos importantes elementos como son el principio de personalidad de la pena como un límite al poder punitivo del Estado por el cual una persona puede ser castigada únicamente a consecuencia de sus propios actos. Por este principio nadie puede ser reprochado por un delito cometido por otra persona ni puede extenderse a nadie que no haya participado en la comisión de la misma infracción penal. Niega la responsabilidad colectiva sin individualización o por la simple constatación de la pertenencia a un determinado grupo social. El segundo principio de la culpabilidad es la proscripción de la responsabilidad objetiva que consiste en la prohibición de atribuir las consecuencias de una infracción penal únicamente constatando la mera producción del resultado, obviando el juicio subjetivo en la actuación del sujeto activo.

Aplicando los postulados del principio de culpabilidad a la responsabilidad penal de las personas jurídicas las críticas de los opositores se concentran en que la despersonalización de las penas en este caso se concretaría con la existencia de una persona física que comete el delito y otra persona jurídica que recibe la sanción por un hecho que no lo ha cometido, resultado afectados por la misma los socios, acreedores, trabajadores, proveedores y accionistas que no intervinieron en la infracción penal.

Pero los partidarios de la responsabilidad penal corporativa argumentan que la capacidad de culpabilidad se replica sin dificultades en los demás ámbitos del derecho, como es el caso del Derecho civil, comercial, mercantil, administrativo, en los que las sanciones a las personas jurídicas se tramitan sin obstáculos ni cuestionamientos de ninguna naturaleza permitiéndoles incluso el ejercicio de derechos procesales para el ejercicio de sus actividades y para el cumplimiento de sus obligaciones¹⁹⁰.

Claro que en este punto los partidarios no reparan en la particularidad de las exigencias ni en la naturaleza de una imputación penal que, a diferencia del campo del derecho civil o mercantil, exige la presencia superlativa de elementos subjetivos en la determinación de la responsabilidad penal, aspectos que están lejos de ser superados con la arquitectura punitiva antropocéntrica predominante.

En relación con la afectación al principio de personalidad de las penas, ciertos partidarios estiman que las acciones delictivas no son acciones individuales sino conductas complejas que deben ser entendidas con otra lógica. La acción individual es que un trabajador vierta desechos químicos peligrosos en un lago. Distinta es la omisión de control del órgano corporativo encargado de la supervisión y la evitación de estos actos realizados por sus trabajadores. La empresa sería responsable penalmente por su organización defectuosa o por su falta de control, como conducta distinta a la cometida por el trabajador.

Tampoco, dicen los partidarios, con la sanción se afecta a terceros que no cometieron ni participaron en los hechos delictivos y que aparentemente estas personas ajenas al acto delictivo pier-

190.- ZUGALDÍA ESPINAR, J. (2010). "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español". Es una publicación del Centro de Investigación interdisciplinaria en "Derecho penal Económico Recuperado del sitio: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf>

den una inversión. Pero lo cierto es que en la eventualidad de una multa a la persona jurídica impuesta por un acto delictivo realizado por uno de sus funcionarios ésta formaría parte del resultado previsto como aquellos riesgos normales que caracterizan al tráfico comercial y a la inversión financiera. Es una consecuencia similar a la sanción administrativa o a las consecuencias que sufre la familia del individuo condenado que depende de los ingresos de éste para su manutención. Pero los partidarios de este argumento olvidan que las afectaciones indirectas de la pena impuesta a la persona jurídica son casi fortuitas, similares al caso de los mismos socios cuando la sanción es de carácter administrativo o municipal, por ejemplo. Incluso la situación de la familia del delincuente sufre las consecuencias por igual sea una sanción penal o fuere a consecuencia de una multa de tránsito. El punto es que ellos no reciben una sanción penal que provenga de un juicio de culpabilidad en los que hayan tenido la oportunidad de defenderse y en los que sean involucrados directos.

B. Teoría de la conciencia especial de la persona jurídica

HAFTER, citado por BACIGALUPO, establece que la capacidad de voluntad y capacidad de acción son los requisitos que hacen que una persona pueda delinquir. Si la persona jurídica tiene esa capacidad de acción social por medio de la voluntad especial de su representante, entonces los entes colectivos pueden delinquir. Esta voluntad especial es distinta de la de sus integrantes y las "... las leyes y los estatutos establecen para cada asociación en particular su propia voluntad. Lo que a partir de ahí hacen los órganos de la asociación es representar en cada caso particular la voluntad propia de la asociación (...) voluntad de la asociación se forma por la decisión común de varios miembros o por la decisión del órgano, pero ésta se ejecuta bien por una acción común o por la acción de un sólo individuo, que no necesariamente tiene que ser un órgano..."¹⁹¹

191.- BACIGALUPO, S. (1997). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". Tesis Doctoral. Madrid, 1997. Universidad Autónoma de Madrid. (págs. 77-82).

La culpabilidad para HAFTER viene dada por la existencia de una voluntad cualificada, es decir no es per se, comparándola incluso con los presupuestos de una persona física inimputable aplicable a la persona jurídica. La conciencia especial exigida a la culpabilidad de los entes colectivos, no necesariamente personas jurídicas, se concreta cuando la voluntad conjunta de los miembros integrantes o la voluntad de sus órganos son diferentes a las voluntades individuales de sus integrantes.

C. Teoría de la culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica.

BACIGALUPO y GÓMEZ JARA ofrecen una teoría de la culpabilidad colectiva según la cual son sus integrantes los que fomentan un espíritu normativo de la persona jurídica que sirve de antecedente para que el órgano que lo representa cometa un delito. Es decir, el espíritu normativo impulsa la realización del hecho por parte de sus miembros. En relación con la imputación, dicen, "... lo primero que constata es que sujeto de derechos y obligaciones de la asociación son, en última instancia, los miembros que la componen. Y son ellos, porque la asociación en si misma sólo es un fenómeno de su existencia social y, por lo tanto, lo único real es la actividad de sus miembros orientada con una finalidad social o la de sus órganos..."¹⁹² por lo que la responsabilidad de la persona jurídica es igual a la responsabilidad de sus integrantes, siendo la capacidad de acción aquella que se verifica cuando los miembros del colectivo deciden una acción para que la lleve a execute el órgano administrativo correspondiente.

En este sentido el desvalor de la acción no tiene como única referencia a la conducta del órgano administrativo sino al mismo hecho que viene a constituirse como la expresión visible de una persona jurídica que quiere delinquir, o sea, al cumplimiento de

192.- GÓMEZ JARA, C. (2012). "La culpabilidad de la persona jurídica, en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi SA. (págs. 155-156).

sus finalidades que no sean socialmente dañosas. En otras palabras, todos son culpables por la sola deducción de pertenencia y de ser actores de la creación del espíritu normativo de la persona jurídica¹⁹³.

Para esa época Busch es el primero que pretende fundamentar la RPPJ desde las funciones de la pena hacia la prevención general. Para este autor si la persona jurídica puede cometer delitos entonces está en condiciones de recibir una pena. La imputación penal a la persona jurídica, en su teoría, se aleja del principio de ficción jurídica por lo que apunta a lo único real que tiene una asociación, esto es, la imputación a los miembros como imputación de la persona jurídica¹⁹⁴.

D. La culpabilidad funcional del órgano

Teoría construida por el jurista alemán SCHROTH, citado por BACIGALUPO, que fundamenta la culpabilidad no en la del órgano individualmente considerado sino en la proveniente de una función del órgano, en una forma específica de comportamiento que viene a constituirse en la responsabilidad de la persona jurídica. El comportamiento del órgano a su vez representa la sumatoria de todos los comportamientos individuales de las personas físicas que se agrupan en el ente colectivo de tal forma que si existe un hecho penalmente relevante estaríamos frente a una formación defectuosa de la voluntad colectiva que constituye la responsabilidad de la persona jurídica. Este modelo termina siendo una nueva forma de responsabilidad por hecho ajeno¹⁹⁵.

E. La culpabilidad por la no evitación de las fallas de la organización.

HIRSCH diferencia la culpabilidad colectiva y la culpabilidad de la persona jurídica. La primera no tiene cabida en el Derecho

193.- GÓMEZ JARA, C. (2012:157).

194.- BACIGALUPO, S. (1997:80)

195.- GÓMEZ JARA, C. (2012: 157).

penal y la segunda es diferente a la culpabilidad de sus integrantes. La persona jurídica es diferente a la suma de sus miembros. La culpabilidad de la corporación vendría a sustentarse no en la conducta de sus miembros sino en la potencial capacidad de evitación del hecho delictivo por parte de la persona jurídica. Esta evitabilidad se traduciría no en conductas individuales sino en el delito, de este modo, vendría a configurarse por las deficiencias como por ejemplo la errónea elección de los representantes y directivos y en otras fallas institucionales. La culpabilidad de la persona jurídica es consecuencia de la culpabilidad de un órgano que, para estas circunstancias, está dotado de una psique de la que carece la persona jurídica y que la impide una atribución de los aspectos subjetivos del hecho, como es, el dolo o la culpa¹⁹⁶.

F. La culpabilidad por la no evitación de las influencias criminógenas.

Dentro de esta misma línea de imputación que viene desde el hecho realizado por sus representantes como presupuesto de culpabilidad de la corporación, Anne Ehrhardt introduce el elemento de la evitabilidad por el cual la corporación podía hacer algo para evitar el hecho delictivo realizado por su representante. Esta no evitación trae como consecuencia la atribución de la responsabilidad colectiva por aquel acto del que su representante es responsable. Es decir, existe una relación interna entre corporación y representado de tal forma que la persona jurídica tiene la capacidad de influir sobre la persona natural y motivarla para evitar y prevenir la comisión de delitos. Es decir, la persona jurídica tiene la capacidad de motivar y de fomentar la conciencia ética de los empleados de la persona para que ejecuten conductas amigables con la ley en el cumplimiento de los objetivos empresariales.

En este sentido la persona jurídica tiene el deber y la obligación de estructurar organizativamente a la corporación de tal forma

196.- GÓMEZ JARA, C. (2012: 158).

que anule y evite comportamientos contrarios a la ley que puedan ser penalmente relevantes mediante sistemas de motivación e influencia que complementariamente deban desplegar.

Lastimosamente el modelo de EHRHARDT, a criterio de GÓMEZ JARA¹⁹⁷, pretende que la prueba no se reduzca a demostrar el defecto de organización, como debería ser, sino que el comportamiento del individuo que comete la infracción presupone per se el defecto de organización o la ausencia de medidas de neutralización. De esta manera excluye la posibilidad de que no exista culpabilidad, o se la atenúe, si se demuestra la adopción de medidas eficaces de prevención y control de riesgos en la empresa. Por ello, según CIGUELA,¹⁹⁸ si la corporación no tiene capacidad de acción para infringir un deber entonces se transfiere el hecho desde el órgano a la propia persona jurídica contradiciendo de esta manera el supuesto fundamental de que la culpabilidad es un concepto personalísimo y que éstos no pueden transferirse. Incluso de verificarse, no pueden existir contradictoriamente dos culpabilidades por el mismo hecho, llegando a configurar lo que se quiere evitar, esto es, la irresponsabilidad organizada.

G. Culpabilidad por el carácter de la empresa.

LAMPE cree que todo el Derecho penal gira en torno al injusto individual y no al injusto organizacional que sí puede existir por la comisión de delitos en masa o colectivos en cuyo caso el injusto adquiere una cualidad propia y distinta del injusto individual. Esta actitud hostil del grupo es antecedente de una fuerza conjunta que individualiza y caracteriza al injusto del sistema. De allí que define al injusto jurídico penal como las relaciones entre individuos organizados hacia fines injustos¹⁹⁹.

197.- GÓMEZ JARA, C. (2012: 159).

198.- CIGÜELA, J. (2017:908-931). "Culpabilidad, identidad y organización colectiva". En: Revista Política

Criminal", Vol. 12, N° 24, Diciembre 2017, Artículo 7, págs. 908-931. Recuperado del sitio http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A7.pdf

199 LAMPE, E. (2012:70). "Injusto de sistema y sistema de injusto, en

Serán parte del injusto del sistema las acciones de los individuos que aprovechando las lagunas deficientes de organización de la corporación realiza una acción delictiva que adquiere dimensiones individuales y corporativas. También estaríamos frente a un injusto cuando la deficiente organización de la persona jurídica hace que los individuos realicen acciones que individualmente son de mínima trascendencia pero que producto de la interacción producen lesiones a un bien jurídico. Lampe²⁰⁰ identifica cuatro causas que conforman el injusto del sistema en materia penal:

- 1.- El peligro potencial de generación de riesgos de la empresa.
- 2.- La estructura deficitaria de la corporación que no neutraliza esa generación de riesgos.
- 3.- La filosofía empresarial criminógena que facilita la creación de ambientes propicios para la comisión de un delito.
- 4.- A la erosión del concepto de responsabilidad por la acción individual por la inexistencia de normativa de asignación de deberes y responsabilidades a lo interno de la persona jurídica.

En síntesis, dentro de los intentos de construir un sistema de responsabilidad propia de las personas jurídicas Lampe propone la teoría de la culpabilidad por el carácter de la empresa. Es decir, por el mantenimiento de una actitud criminógena colectiva. Podría aceptarse sin más la crítica de que esta teoría goza de un defecto y es que la culpabilidad se fundamenta en una forma de ser o en una condición de peligrosidad de la corporación y no en un hecho que es la característica principal del Derecho penal de acto. Sin embargo, GARCÍA CAVERO²⁰¹ dice que no es tan cier-

Modelos de responsabilidad

penal de personas jurídicas. Propuestas penales contemporáneas". Lima: Ara Editores, Gomez Jara Editor.

200.- LAMPE, E. (2012: 95).

201.- GARCIA, C. (2005). "La responsabilidad penal de las personas jurídica-

ta esta crítica porque es aceptado que el juicio de culpabilidad sí toma en cuenta aspectos de la vida interna del sujeto activo.

Esta teoría propuesta por LAMPE considera que el reproche de culpabilidad penal a la persona jurídica se la puede hacer no en función de sus acciones concretas sino en su comportamiento incorrecto, en su forma de ser o de organizarse o en su forma de realizar sus actividades, en mantener una filosofía criminógena, en forma general, de su defectuoso carácter empresarial. En este sentido Gómez Jara estima que "...de la misma manera en que nadie puede alegar en su defensa que no pudo hacer nada acerca de su carácter defectuoso. Tampoco puede alegarlo la empresa. Esta tiene que hacerse responsable, sin posibilidad de exculpación, de tener un management defectuoso (y por ello el carácter de injusto)"²⁰² con lo que configura una teoría defectuosa de la culpabilidad porque no posibilita a que exista un sistema de causas de exención de la responsabilidad de la persona jurídica.

H. Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial.

Una de las preocupaciones actuales más relevantes de la Política Criminal no es el control de la criminalidad individual sino la definición de un Derecho penal orientado al control de las disfunciones sociales generadas por nuevos actores colectivos como son las personas jurídicas entendidas como agentes de desarrollo²⁰³ y cuyas actividades son el origen de múltiples riesgos que abonan áreas muy sensibles de preocupación estatal como es la criminalidad económica, el lavado de dinero, la responsa-

cas". Ponencia presentada

en las XXVII Jornadas de Derecho penal realizadas los días 24, 25 y 26 de agosto del 2005, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5319474.pdf>

202.- GÓMEZ JARA, C. (2012: 160).

203.- HEINE, G. (1996). "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales". Recuperado del sitio: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf

bilidad por productos defectuosos, la protección penal del medio ambiente²⁰⁴.

Sin embargo, las estructuras organizativas complejas de las empresas generan déficits en la prevención delictiva por la disminución de las posibilidades de identificar a los autores individuales de las infracciones, por los vacíos de competencia individual, por la inducción al error o el alejamiento estructural de la información que conllevan a una situación de irresponsabilidad organizada.

La pretendida utilización de las categorías del Derecho penal tradicional, pensado en la persona humana más que en otros sujetos de imputación, generan variados esfuerzos académicos por construir modelos de imputación que legitimen la responsabilidad corporativa, más allá de la culpabilidad individual, con consecuencias preventivas.

Varios connotados penalistas desde diversos enfoques metodológicos proponen modelos de responsabilidad corporativa que se podrían reducir a tres: En el primero la infracción cometida por la persona física es la infracción de la persona jurídica. En el segundo se refiere a la deficiente organización de la corporación. En el tercero, la renuncia a la prueba de los errores de organización es "... suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para poder imputarle (como causante) determinados desordenes sociales; por ejemplo, la infracción de determinados valores límites fijados por el Estado..."²⁰⁵

El segundo modelo a criterio de Heine es el más completo porque está frente a una responsabilidad por una falta al deber de vigilancia no derivado de la actuación individual sino de la deficiente organización de la corporación por errado manejo de los riesgos. En este modelo el deber de cuidado o vigilancia que el Estado impone a las personas jurídicas no se lo mide en función de la capacidad de la persona física sino en función de la capa-

204.- HEINE, G. (1996:1).

205.- HEINE, G. (1996:2).

cidad de la persona jurídica. No se mide al individuo "...sino a la empresa misma, de su tamaño, de su ubicación en el mercado, de su actividad económica y del tipo de perturbación social que debe serle imputada. De acuerdo con esto, ya no se trata más de la acción o del dolo/culpa de un miembro de la dirección, sino del dominio de la organización y de la culpa/dolo colectivo de la empresa, en tanto conjunto de varias personas..." 206

Esta propuesta de Heine refiere la culpabilidad de la persona jurídica por la defectuosa conducción empresarial en un tiempo más o menos prolongado. Tiempo y actitud corporativa son dos variables que atraviesan la construcción teórica de Heine. En efecto no son las decisiones de los individuos los antecedentes de los hechos delictivos que se ejecutan en el seno de las corporaciones sino a déficits de cuidado de control en la generación de los riesgos que la actividad empresarial incurre en el cumplimiento de sus finalidades sociales. Y es defectuoso cuando existe ausencia de medidas y programas de cumplimiento adoptados desde un tiempo anterior.

Claro que este modelo plantea interrogantes como las planteadas por Heine: ¿cómo se puede precisar el carácter deficiente de la organización? ¿Qué actos generan responsabilidad? El mismo autor considera que una empresa que genere riesgos en su actividad debe ser considerada como garante en la administración de los riesgos. Es decir, el peso específico jurídico del control de riesgos se traslada del Estado a la empresa. El criterio de responsabilidad en este modelo debe estar dado por elementos dos elementos necesarios: la administración defectuosa de los riesgos y la concreción en un resultado dañoso (condición objetiva de punibilidad).

No es importante la conducta del individuo sino el dominio funcional – sistemático de la persona jurídica que se evidencia cuando la corporación no tiene programas de prevención o remediación, por ejemplo. El déficit organizativo en la corporación

206.- HEINE, G. (1996:4).

no es eventual ni accidental sino que configura una permanencia en el tiempo y que fundamentalmente es independiente de la voluntad de la persona física. Heine reconoce estas características que hacen de este modelo el centro de su sustentación cuando dice que el resultado en el Derecho penal de las empresas "... no es producto de un comportamiento dominado por la voluntad de un autor, sino que es percibido como consecuencia de un proceso acumulativo de una administración deficiente generada durante largo tiempo..."²⁰⁷

La utilización de las categorías del Derecho penal tradicional como el dolo o la culpabilidad deben ser utilizadas de manera paralela a las que se aplica a la persona física con la particularidad de que son menos dificultosas cuando se trata de paralelar el dolo, la culpa y la culpabilidad a la corporación. Por ejemplo, el dolo y la culpa pueden equivaler a los conocimientos de los departamentos legales, técnicos y financiero que tienen las empresas. La culpabilidad por la conducción se equipará a la capacidad que tiene la persona natural de auto conducirse²⁰⁸.

De todas formas, HEINE propone este modelo movido por la necesidad de dar una respuesta a la creciente presión ofrecida por criterios y razones de política criminal que pretende superar no muy convincentemente los problemas que tiene el Derecho penal para encontrar respuestas que penalicen a las corporaciones con un sistema garantista, más legítimo que el sistema de culpabilidad empresarial utilizado sobre la base del Derecho penal tradicional.

I. El modelo de responsabilidad penal por hecho propio de Heine.

De alguna manera el modelo de responsabilidad originaria toma ciertos principios aplicables a las personas físicas y se los trasladan al sistema utilizado para culpabilizar a las personas jurídicas.

207.- HEINE, G. (1996:6).

208.- HEINE, G. (1996:8).

Principios como aquellos que exigen el cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones relativas a asegurar el funcionamiento correcto de las actividades sociales, comerciales y financieras, de los cuidados y de las prácticas de las empresas en relación con el medio ambiente y la contaminación, de ciertos comportamientos en relación con el lavado de activos, entre otros. La coacción estatal subyacente a estos principios se transforma en cumplimientos de deberes para las empresas y otras personas jurídicas obligadas a implementar mecanismos de control y administración de riesgos. A criterio de Heine la llamada burocratización de la economía y la expansión del Derecho penal vienen como producto de una acentuada conciencia de los peligros que implica el fenómeno de la globalización y el desarrollo tecnológico²⁰⁹.

El modelo de responsabilidad por hecho propio prescinde de la conducta y de la responsabilidad de la persona natural y requiere de presupuestos autónomos evidenciados en tres hechos básicos fundamentales: la existencia de una lesión a un bien jurídico protegido; que esa lesión se realice dentro de la esfera de las actividades de la empresa para descartar delitos en los cuales el control resulte inexigible para la empresa o sobredimensionado; y, finalmente, la existencia de una ausencia del deber de control y vigilancia (defecto de organización). En este punto Heine asegura que la exigencia de autocontrol de riesgos por parte de la corporación se constituye en el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica por administración defectuosa de esos riesgos²¹⁰.

1. El delito cometido por la persona individual es el desenca- denante de la responsabilidad propia, no el fundamento.

Generalmente en el modelo vicarial el delito individual es el delito de la empresa. En los modelos de responsabilidad propia se

209.- HEINE, G. (2012:237). "La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea, en Modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas". Lima: ARA Editores.

210.- HEINE, G. (2012:237).

produce un cambio en el centro gravitacional del injusto que se traslada al injusto corporativo concreto y autónomo en buena parte debido a que el bien jurídico lesionado y la acción que lo genera no siempre son identificables fácilmente como hechos atribuibles a una persona física especialmente cuando se tratan de corporaciones que tienen un alto grado de complejidad. La ausencia o la difícil identificación de la conducta individual en estas condiciones generarían un espacio considerable de impunidad corporativa porque sin la precisión de la conducta penalmente relevante de la persona física se tornaría imposible aplicar el modelo de responsabilidad vicarial que la requiere como fundamento de la culpabilidad.

Procesalmente se tendría primero que verificar la existencia de un bien jurídico afectado o en peligro proveniente de conductas y hechos que en las organizaciones complejas se originan en diferentes estamentos de la estructura organizativa de la corporación. En segundo lugar aquella conducta con relevancia penal es el producto de un sinnúmero de decisiones tomadas por funcionarios y trabajadores, en la mayor de las veces, sin que éstos tengan conocimiento concreto y real de la infracción penal en la que están incurriendo, tal como describe SCHUNEMANN²¹¹.

El criterio de pluralidad que se aplica a las infracciones al deber se constata en la variedad de emisores de disposiciones que deben cumplirse ubicados en planos diferentes, territorios diferentes, países diferentes y con una variedad de actores físicos en los planos de ejecución ignorantes de la relevancia penal de sus actuaciones. Este manto de pluralidad conduce inevitablemente a la imposibilidad de atribuir a una sola persona la comisión del delito y nos llevar a pensar en la necesidad de construir una

211.- SCHUNEMANN, B. (2005:509-531). "Las prescripciones sobre la autoría en la Ley Boliviana sobre la base de las modificaciones al Código Penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas ¿un modelo para Latinoamérica?". En: REINA ALFARO, L.M. (coord.): "Nuevas tendencias del Derecho penal Económico y de la Empresa". Lima: ARA Editores.

responsabilidad corporativa por autoría colectiva, en el contexto de una irresponsabilidad organizada como SCHUNEMANN la caracterizaba²¹².

Heine trae varias experiencias adoptadas por legislaciones europeas que de plano direccionan sus ordenamientos sancionatorios a las personas jurídicas. Por ejemplo, el tipo objetivo se concretaba sumando las acciones individuales, caso de Italia, introduciendo el concepto de injusto colectivo organizativo que prescinde de la presencia del dolo, como en la legislación británica. Solo se requiere la presencia de la lesión al bien jurídico y una relación con la persona jurídica para establecer un sistema de imputación corporativa del delito²¹³.

De esta manera, a criterio de Heine, la lesión al bien jurídico deja de ser un fundamento y se transforma en un desencadenante alejado del desvalor personal de la persona física y concentrada en los niveles de deficiencias organizativas de la persona jurídica. Sin embargo, autores como Feijoo Sánchez cuestionan una responsabilidad colectiva porque a su criterio la persona jurídica es más que un colectivo producto de la suma de voluntades individuales. Opina que la responsabilidad corporativa y la responsabilidad colectiva tienen sustratos diferentes porque la responsabilidad corporativa debe recaer sobre un sujeto identificable y distinto de los individuos a quien se le pueda imputar la comisión del delito.

212.- SCHUNEMANN, B. (2005:516). En opinión de este autor, dice textualmente que "...En una empresa económica, la ejecución inmediata es llevada a cabo regularmente en el nivel inferior o más bajo, a través de órganos subordinados que no disponen ni de un propio poder de decisión, ni de las informaciones necesarias para poder apreciar la peligrosidad de su propio comportamiento. A su vez las decisiones concretas son adoptadas generalmente por la gerencia intermedia o superior, a la que el nivel más alto de la dirección ni siquiera necesita comunicar órdenes expresas. Esta forma de organización, típica de los modernos procesos productivos ya descritos, conduce sencillamente como ultima consecuencia, en el contexto de una última imputación jurídico-penal individualizadora, a una irresponsabilidad organizada de todos..."

213.- HEINE, G. (2012:241).

El conjunto de individuos (trabajadores y funcionarios) que realizan el hecho delictivo no es el mismo que sufre la pena (socios y propietarios) en buena parte debido a que es necesario buscar otra forma de explicar el por qué las consecuencias jurídicas son válidas para toda la institución y no en una responsabilidad colectiva que podrían zanjarse con categorías dogmáticas como la autoría y coautoría individual, que descartaría una responsabilidad de la persona jurídica²¹⁴.

2. Presupuestos fundamentales de la RPPJ por déficit organizativo.

Podemos recurrir a varios principios que Heine²¹⁵ los identifica desde diferentes ámbitos y que son válidos y aplicables como principios generales al modelo de responsabilidad propia:

- a.- La corporación debe evitar tener una normativa interna que facilite la identificación de la persona física responsable de la comisión de un delito. La existencia de un déficit normativo que impida determinar las competencias personales o las obligaciones jurídico-penales de cada uno de los funcionarios y trabajadores para la evitación de resultados lesivos constituye un déficit organizativo. Igual consideración, cuando realizada la infracción no se puede identificar ni localizar al responsable físico de la misma. La imposibilidad de identificación y la insuficiencia normativa atributiva de obligaciones a los funcionarios o trabajadores, para cubrir todas las posibilidades de concreción de los riesgos, constituye la base de la vulneración de deberes de la empresa.
- b.- La corporación al ser una especie de garante y administrador de riesgos debe tomar todo los recaudos normativos y organizativos internos para asegurar y evitar la comisión de delitos típicamente empresariales dentro de la misma. Sin embargo, este encargo de garante sobrepasa capacidades

214.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016: 65-70).

215.- HEINE, G. (2012:243).

de la persona jurídica para cubrir todas las posibilidades que puedan verificarse para la evitación de un delito. Existen derechos de las corporaciones que deben ser respetados como es el de utilidad económica legítima y la libertad de organización que le impide en primer lugar diseñar una estructura de prevención más allá de sus posibilidades y por otra parte que no puede destinar ingentes recursos en este tipo de organización porque, siendo garante, desborda su capacidad de imitar un control gubernamental por aspectos lógicos de costo y beneficio. Algunas legislaciones exigen un mínimo estandarizado de condiciones que deben adoptar las personas jurídicas que se traducen en la adopción de programas de cumplimiento.

Aunque Heine no los define, los delitos típicamente empresariales deben referirse a los cometidos por déficits de vigilancia, supervisión y control dentro de las áreas vinculadas al plano de las actividades propias de su objeto social. Deben referirse al carácter primario de su responsabilidad y de sus obligaciones como garante, y no debe extenderse hacia ámbitos que se encuentran por fuera de su esfera de competencia, como un delito de acoso sexual a una secretaria, por ejemplo. En este sentido el COIP reduce a una lista cerrada de delitos que pueden ser imputables a la corporación, delitos típicamente empresariales como forma reductiva de la relevancia penal solo a ciertas conductas desencadenantes.

- c.- Ante la imposibilidad de sujetarse al control estatal mediante normativas generales de orden público y de igual aplicación para todas las empresas éstas están en la obligación de implementar sus propios y particulares programas de manejo y control de riesgos orientados a la prevención.

En el ámbito procesal, existe una duda sobre si la relación de causalidad existente entre la lesión al bien jurídico y el manejo defectuoso deba estar lo suficientemente probada. Es decir, verificar fuera de toda duda que la organización

correcta de la corporación hubiese sido determinante en la evitabilidad del delito. Evitabilidad entendida como la acción colectiva y no únicamente referida a la conducta individual de alguna persona física concreta dentro de la cadena organizativa de la misma.

J. El modelo de RPPJ por defecto de organización

Los defensores del modelo de responsabilidad por hecho propio estiman que el defecto de organización, es un concepto que no está definido ni terminado, pero que sin embargo ha sido incorporado en los ordenamientos jurídicos que aceptan la RPPJ como un esquema de autorresponsabilidad. Más allá de la crítica que algunos sectores realizan sobre lo problemático de fundamentar un modelo de responsabilidad desde el estatus de peligrosidad que significaría el defecto de organización, la presencia de ésta en el plano jurídico ya es una realidad, como es el caso del sistema español. El enfoque de la discusión más se centra en ubicarlo como parte del injusto penal de la corporación o como elemento de la culpabilidad.

Muchos tratadistas creen que el defecto de organización es el modelo que más se aproxima a la exigencia de encontrar una responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica precisamente por las múltiples objeciones a los modelos de raíz vicarial²¹⁶. El defecto de organización tiene raíz alemana, con-

216.- Este criterio manifiesta GÓMEZ JARA DIEZ, "La culpabilidad de la persona jurídica", pero que al mismo tiempo ignoran las críticas que se han vertido sobre este modelo. En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M. S. "La evolución Ideológica de la discusión sobre la responsabilidad renal de las personas jurídicas" *Derecho penal y Criminología*, pág. 135, 2008, HeinOnline, Ver en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/dpencrim29&div=10&id=&page=>. Silva afirma dice "... que A mi juicio, la discusión continental europea en torno a la denominada "culpabilidad por defecto de organización" y a la responsabilidad por la "actitud criminal de grupo", que se proponen como títulos de atribución de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, se corresponde con el cambio operado en el ámbito anglosajón. Y es cierto que, por esta vía, cabe in-

cretamente en los trabajos de KLAUS TIEDEMANN sobre aspectos del Derecho Administrativo Sancionador alemán y que lo acomodo al ámbito penal. TIEDEMANN cree que el reproche ético personal que se realiza a la persona natural debe ser reemplazado por un reproche social que se le hace a la corporación por adolecer de defectos de organización que crea un escenario propicio y adecuado para que las personas individuales cometan delitos y posteriormente sea imputables a la persona jurídica.

TIEDEMANN sustenta su teoría estableciendo una relación de causa – efecto entre la conducta de la corporación y la conducta de la persona física según la cual no habría delito si la corporación no hubiera tenido una organización estructural defectuosa que en la que sus órganos de gobierno – administración no hayan tomado todas las precauciones que hubieran evitado hecho mediante medidas preventivas y de corrección. Estas medidas de corrección evidentemente se refieren a la adopción de programas de cumplimiento efectivo y eficaz que organicen internamente a la persona jurídica creando una estructura normativa de prevención, corrección, denuncia y colaboración que funcionen en forma efectiva.

1. Críticas al modelo de RPPJ por defecto de organización desde el Derecho penal de acto.

Sin embargo, esta teoría, a criterio de Silva Sánchez, tiene dos problemas fundamentales relacionados con el “hecho” y con la tipicidad de la conducta de la persona jurídica. Si partimos de un Derecho penal de acto, como expresión máxima del garantismo respetuoso de los derechos fundamentales de las partes procesales, el defecto de organización en sí mismo no es un hecho verificable por los sentidos, medible o cuantificable del que pueda derivarse consecuencias jurídico-penales para la cor-

tentar resolver mejor los casos en que la persona o personas individuales obrantes no han podido ser identificadas o bien han obrado de modo no culpable (con lo que no pueden transferir una responsabilidad que no ha surgido). Pero también este modelo presenta problemas...”

poración. Lo que existe es una falta al deber de organización y funcionamiento de las actividades de la persona jurídica cometida por los órganos de dirección de la misma. De tal forma que si en este contexto existe una infracción cometida por una persona individual, identificable o no, la falta podrá ser atribuida como un hecho propio de la corporación por defecto de organización. No obstante que no deja de existir una relación estrecha entre la conducta de la persona física como hecho de conexión desencadenante de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

2. Críticas al modelo de RPPJ por defecto de organización desde la tipicidad del acto.

La segunda objeción a esta teoría se produce en el momento de la atribución de la responsabilidad al ente corporativo puesto que la creación de un escenario defectuoso de la corporación no está tipificada en ninguna de las formas organizativas criminales. Este problema de la tipicidad requiere ser superado buscando un hecho de conexión con la conducta de la persona natural. Si el delito cometido por uno de sus integrantes ha sido realizado bajo el amparo o aprovechando la estructura defectuosa de prevención y control de la organización entonces la imputación a la persona jurídica quedaría justificada, sin que por ello se pueda concluir que en verdad estamos frente a una responsabilidad por hecho propio. No deja de ser una responsabilidad derivada de un hecho ajeno, en este caso, de un órgano de la misma empresa conformado por personas físicas cuya conducta penalmente relevante es la que determina la ulterior responsabilidad penal de la persona jurídica²¹⁷. Igual criterio de reproche a esta teoría tiene GÓMEZ JARA para quien el fundamento del modelo de defecto de organización propuesto por TIEDEMANN tiene el problema de requerir un hecho de conexión como fundamento de la

217.- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2008). "La evolución Ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En revista de Derecho penal y Criminología, pág. 134, 2008, Hein Online. Recuperado del sitio <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/dpenkrim29&div=10&id=&page=>

RPPJ, por el cual se confirma que, más que un hecho propio de la corporación, es un hecho ajeno²¹⁸.

Concuerda en este sentido SILVA SÁNCHEZ²¹⁹ cuando afirma que "...Ahora bien: de entrada debe señalarse, como se indicó más arriba, que resulta más que dudoso si la culpabilidad por defecto de organización es expresión de una culpabilidad en sentido estricto de la persona jurídica o, por el contrario, una regla de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el hecho culpable de las personas físicas que, en el seno de la misma, infringen los deberes de organización y vigilancia que recaen sobre ellos. En este sentido, apunta SCHÜNEMANN que este modelo no sale del esquema de la "Fremdzurechnung" (imputación de un hecho ajeno), pues a tal efecto es lo mismo que a la persona jurídica se le impute el delito cometido directamente de modo activo por un órgano o que lo que se le impute sea un defecto de organización (una omisión) de otro órgano⁵¹...".

Más aun teniendo en cuenta que entre las críticas más fuertes se encuentra la imposibilidad de la persona jurídica para colocarse en una situación que defina una *actio libera in causa* al prescindir de una organización eficiente. Este recurso requiere como presupuesto básico la acción o decisión voluntaria del sujeto activo para ponerse a propósito en una situación de inimputabilidad. Pero en este caso quien realiza esta acción no es la empresa como sujeto activo sino un tercero que es el órgano de administración y control, o sea, un tercero²²⁰.

Silva Sánchez²²¹ termina la crítica al modelo de responsabilidad por defecto de organización porque al no poder constatar el hecho de la persona jurídica, se pretenda construir la responsabilidad corporativa por criterios como la conducción de vida, actitud o disposición criminal, peligrosidad, culpabilidad por la conduc-

218.- GÓMEZ JARA, C. (2012:160).

219.- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2008:141).

220.- GÓMEZ JARA, C. (2012:165).

221.- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2008:142).

ción empresarial, de un sujeto carente de identidad y autoconsciencia, terminan siendo modelos de responsabilidad objetiva. Amén del problema que significa que el defecto de organización como falta o como delito carezca de tipificación porque no existe en la ley penal una definición de esta conducta de organización defectuosa tipificada como delito. Si no existe tipicidad entonces la imputación de la RPPJ se fundamenta sobre supuestos extra-penales y muy generales.

K. Responsabilidad por la cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad

En otro contexto diferente al modelo constructivista antropoiético propuesto por GÓMEZ JARA, el penalista español FEIJOO SÁNCHEZ²²² recoge principios desarrollados por varios de los modelos antes descritos que han estado dirigidos a la construcción de un sistema de autorresponsabilidad corporativa desde otro ángulo. Propone un modelo de RPPJ desde la perspectiva de la identidad corporativa entendida ésta como un proceso temporal de toma de decisiones y disposiciones autónomas al interior de la persona jurídica, relacionadas con las actividades individuales de las personas físicas.

Este modelo que vamos a tenerlo como referente para una propuesta de implementación y desarrollo de un modelo de responsabilidad propia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo desarrollaremos en un acápite posterior.

III. LA RELEVANCIA DEL HECHO DE CONEXIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA RPPJ

Cada sistema de imputación de la RPPJ contiene un desarrollo teórico que conducen a una interpretación distinta de sus elementos. Teniendo en cuenta que los hechos de conexión son todos aquellos actos realizados por la persona física que generan o detonan la responsabilidad penal de las personas jurídicas,

222.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:70).

creemos importante anotar las significaciones del hecho de conexión vinculado al tipo de modelo imputacional de la RPPJ.

A. El hecho de conexión en los sistemas vicariales

En estos modelos el hecho de conexión es ajeno al injusto de la persona jurídica porque el hecho generador de la responsabilidad penal de la corporación es la conducta típica de la persona física, representada en las personas de los directivos, dueños, propietarios, empleados y hasta un tercero vinculado contractual o fácticamente con la corporación. La responsabilidad de estos individuos será a su vez el determinante de la responsabilidad penal de la corporación, tal como diseña el Artículo 49 del COIP. Dentro de este modelo la utilización de las categorías tradicionales del delito es de innegable necesidad porque la conducta de la persona física forma parte del tipo de injusto de su propia actuación mientras que la relación funcional o laboral de la persona física con la persona jurídica y el beneficio que el hecho le haya reportado al ente corporativo forman parte de la culpabilidad de la persona jurídica. Es decir, el hecho de conexión no integra el injusto típico de la persona jurídica sino de la persona física porque simplemente en este modelo no existe injusto propio de la corporación.

En el aspecto procesal la acusación fiscal está en posición de ventaja frente a la corporación porque la carga probatoria se dirige a demostrar la existencia del injusto personal del funcionario o trabajador y luego trasladar sin más la responsabilidad a la persona jurídica.

B. El hecho de conexión en los modelos de autorresponsabilidad

Por el contrario, en este modelo el hecho de conexión constituye un elemento ajeno a la conducta de la persona física y procesalmente se enfoca en la verificación de la existencia de un defecto de organización o falta de cultura empresarial. En estos presu-

puestos, dentro del proceso penal, son en los que la Fiscalía encontrará el fundamento de la responsabilidad sin necesidad de que el hecho generador sea reasignado a alguna categoría tradicional del delito.

En los sistemas mixtos, como el establecido en el Artículo 31 del CP español, el hecho de conexión forma parte del tipo de la persona jurídica más otros elementos que configuran el hecho corporativo. El injusto y la culpabilidad son propios de la persona jurídica aun cuando la acción típica, el dolo y la culpa fueran tomados de la persona física para referenciar la responsabilidad penal de la corporación. El hecho propio de la persona jurídica exige criterios normativos para designar la actuación por cuenta de la persona jurídica o el provecho corporativo alcanzado con esa actuación.

NICOLAS RODRIGUEZ encuadra claramente un aspecto que en ocasionado la confusión en muchos autores en relación con los hechos de la persona física y la responsabilidad de la persona jurídica. Dice al respecto que "...La exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica sólo será posible en la medida de que el juzgador aprecie una relación entre ella y una persona física; esto es, que es indirecta porque necesita una persona física que haya cometido el injusto penal. Cuestión distinta, tal y como hemos apuntado en el apartado anterior, es que acreditada esta relación la persona jurídica tenga que responder por sí misma aunque la persona física no lo haga por no haber podido ser enjuiciada o por haber resultado exculpada..."²²³

Por tanto, el hecho de conexión en los modelos de heterorresponsabilidad o vicariales es el delito cometido por la persona física que termina mutando en injusto de la persona jurídica. En

223.- RODRÍGUEZ, N. (2012). "Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada". Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (Dir.), Xulio Ferreiro Baamonde (Dir.). A Coruña: Universidad de, 2012, p. 197-232. ISBN: 978-84-9749-501-1

los modelos de autorresponsabilidad, el hecho de referencia o conexión es exógeno y no se encuentra dentro del injusto de la persona jurídica sino configurada bajo las formas de un defecto de organización y por una ausencia de cultura empresarial apegada a derecho.

La particularidad de los sistemas de heterorresponsabilidad o vicarial radica en la existencia de un exhaustivo esfuerzo por acondicionar o acomodar los elementos que exige la ley, el hecho de conexión y el defecto de organización, en las categorías tradicionales del delito exclusivamente desarrolladas en función de las personas naturales. De este punto se derivan las distorsiones originadas por los quiebres dogmáticos en los que se empeñan en evidenciar varios autores de Derecho penal y muchas legislaciones concretas.

C. El hecho de conexión en los modelos mixtos

Este tipo de modelo presente en la legislación chilena y española es caracterizado por la presencia de elementos tanto de los sistemas de autorresponsabilidad como de heterorresponsabilidad. Hecho que genera posiciones doctrinarias que, especialmente en el caso español, han estado divididas en torno a si el hecho de conexión se encuentra fuera o dentro del injusto de la persona jurídica. Después de la reforma LO I-2015 muchos autores coinciden en que la legislación penal española adopta el modelo de responsabilidad propia de carácter estructural acumulativo respecto de las personas físicas pero que tiene una estructura independiente al mismo tiempo, en el cual no existe hecho de conexión como presupuesto de la responsabilidad corporativa, sino que la conducta humana es, en sentido restrictivo, un desencadenante de la RPPJ²²⁴.

224.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:81-85). El autor textualmente menciona que "... La empresa es hecha responsable, mejor dicho, corresponsable, de la comisión concreta de un tipo penal (estafa, corrupción, delito medioambiental, etc.). En este sentido creo que no se corresponden con el modelo español. Aquellas propuestas que se refieren a una responsa-

De este punto nace la necesidad de explorar otra fórmula distinta para dotarle de mayor sentido y profundidad a una responsabilidad penal de los entes corporativos por fuera de las categorías tradicionales del delito.



bilidad por el carácter, por la conducción empresarial a lo largo del tiempo, o por la existencia de una determinada cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. La persona jurídica, para sufrir una sanción, tiene que ser responsabilizada del delito. Es decir, se trata de un modelo estricto de responsabilidad por el hecho solo que de características diferentes y criterios de imputación diferentes a los conocidos para las personas jurídicas...”, pág. 82. El mismo autor, en Feijoo, Bernardo, Replica a Javier Ciguela, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 2, Abril 2016, pág. 5, Ver en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513413> concluye que el sistema español la RPPJ tiene tres presupuestos después de la Reforma del 2015 “...a) Una acción típica y antijurídica de una persona física que tenga una relación funcional con la persona jurídica siempre que de la acción delictiva deriven efectos beneficiosos para la entidad. A la persona jurídica la responsabilidad le llega siempre a través del injusto de la persona física.

b) Una infracción grave de deberes de supervisión, vigilancia y control cuyo cumplimiento hubiera podido evitar el delito con una probabilidad rayana en la certeza. En el caso de empleados dichos deberes corresponden a los superiores jerárquicos con capacidades importantes de decisión y gestión. En el caso de que el delito sea cometido por éstos, será relevante la creación de una estructura de vigilancia de la legalidad de sus decisiones. Por ejemplo, estableciendo un órgano de cumplimiento que realice funciones de Consejo u Órgano de Vigilancia o Comisión de Control del Consejo de Administración.

c) Un defecto organizativo-estructural relacionado con políticas o programas de cumplimiento de la legalidad. En caso de que se den los dos presupuestos anteriores, la responsabilidad penal de la persona jurídica se puede ver en todo caso excluida siempre que se hayan implantado estructuras o un sistema eficaz de cumplimiento de la legalidad en la organización de la que la persona jurídica es titular...”

CAPÍTULO II

MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL POR DEFECTO ESTRUCTURAL O CARENCIA DE UNA CULTURA DE CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD

I. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL COMO EJE DETERMINANTE DEL MODELO PROPIO DE RPPJ

En opinión de LAUFER y STRUDLER nadie es tan ciego para no ver que las corporaciones son mucho más que un conjunto de edificios, oficinas, sillas vacías, folios, reglamentos, políticas y directrices. Tienen una cierta intencionalidad corporativa cuando constatamos que un conjunto de personas físicas ocupa esos espacios y utilizan esos objetos con la intención de producir algo, de implementar políticas o decisiones en relación con la funcionalidad de la empresa y la estructuralidad organizativa²²⁵. Las conductas institucionales, al igual que las conductas individuales merecen el reproche del Estado porque se desarrollan en un determinado escenario social histórico de tal forma que si la conducta realizada por la corporación es contraria a la norma jurídica entonces la responsabilidad social será el instrumento con el cual se construye un reproche social a la corporación por la conducta antijurídica institucional.

VILLEGAS²²⁶, cuando se refiere a la concepción de las corporaciones en los Estados Unidos, resalta el constante debate que data desde hace más de un siglo sobre la naturaleza de las per-

225.- LAUFER, W. y STRUDLER, A. (2012:255-297). "Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria". En GOMEZ JARA, C. (Editor). "Modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas". Lima: ARA, (255-297) (pág. 295 a 297)

226.- VILLEGAS M. (2016: 49-51)).

sonas jurídicas. Quienes abogaban por la teoría de la responsabilidad social de las corporaciones sostenían que éstas debían ser consideradas como instituciones públicas dadas la creciente importancia, tamaño e influencia que empezaron a tener en ese país. Incluso en la actualidad todavía se discute si la responsabilidad social corporativa debe necesariamente constituirse en una exigencia del Estado para que la actuación de las corporaciones no solo vayan más allá del mero y simple cumplimiento de las leyes, normativas o de lograr máximos rendimientos para sus accionistas, sino que orienten sus actividades hacia la consecución de finalidades sociales como el respeto a la libre competencia, al medio ambiente, a los derechos de los trabajadores, a los derechos humanos, entre otras exigencias.

Es decir, una visión en el que las personas jurídicas superen el encuadramiento conceptual de meros entes ficticios asociados para el cumplimiento de sus fines y pasen a convertirse en actores principales reales de una sociedad posmoderna con nuevas dinámicas sociales, políticas y económicas en las que su nivel de influencia en la actualidad sea determinante a la hora de medir los fenómenos económicos y políticos²²⁷. No olvidemos que en nuestro ordenamiento jurídico las personas jurídicas tienen la capacidad de realizar cualquier actividad y todo acto normativo que implique cumplir el objeto para la que fue creada. Incluso goza, como hemos demostrado, del estatus de persona titular de derechos fundamentales y constitucionales reconocidos en varios fallos por la Corte Constitucional y tiene, además, capacidad de ser titular de derechos, contraer obligaciones y, consecuentemente, de incurrir en responsabilidades cuando sus actividades o actos han infringido la ley o hayan afectado bienes jurídicos protegidos por el Estado.

227.- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2008:136). En este sentido Silva afirma que "...Superados los términos del debate tradicional entre las teorías de la ficción y de la realidad, resulta difícil cuestionar que las personas jurídicas son sujetos sociales reales, distintos de las personas físicas que se integran en ellas²⁹. Las personas jurídicas constituyen, en efecto, los agentes económicos por excelencia y, a partir de ahí, son agentes sociales fundamentales..."

Entonces el Estado como ente legitimado para el ejercicio del poder punitivo y de control social ejerce prerrogativas otorgadas por la normativa penal para desvalorar las acciones o las conductas constitutivas que afecten los intereses colectivos e individuales protegidos. Entonces, la responsabilidad social de las personas jurídicas no viene a ser, en estos términos, una confirmación de la potestad controladora del poder estatal y de la capacidad de legitimado para la solución de conflictos que afectan bienes jurídicos tutelados. En este punto las penas, más allá del carácter preventiva, están orientadas a subsanar las expectativas sociales defraudadas por la inobservancia a la normativa existente y por el peligro que significan para la convivencia social²²⁸.

BAIGUN asegura que la responsabilidad social "...actúa como un árbitro ideológico en la colisión de bienes jurídicos fundamentales e intereses particulares (corporaciones o sociedades) a partir de la primacía de los primeros sobre los segundos, del conglomerado social sobre uno de sus componentes..."²²⁹. Estas actividades van más allá del cumplimiento legal y que exploran campos como el respeto a la dignidad de la persona, empleo digno, solidaridad, subsidiariedad, contribución al bien común,

228.- En este sentido SILVA SÁNCHEZ, en "La evolución Ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", op. cit. (pág. 137), también concuerda con este criterio al decir que "... En efecto, resulta entonces bastante claro que puede estimarse que también las personas jurídicas, en tanto que agentes económicos y sociales reales, son socialmente construidas como centros de imputación de la frustración de expectativas normativas y sujeto pasivo de las consecuencias de ella³⁴. Las personas jurídicas, que no pueden ser destinatarias de directivas, sí son construidas como destinatarias de expectativas sociales de conducta y, en esa medida, como sujetos en sí mismas³⁵. Expresado de otro modo: las personas jurídicas pueden aparecer como "centro de imputación" de la defraudación de expectativas normativas³⁶ o de la lesión de normas de valoración. Pero no pueden ser destinatarias de directivas que presupongan la libertad de acción..."

229.- BAIGUN, D. (2000). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ensayo de un nuevo modelo teórico". Buenos Aires. Ediciones Depalma, (pág. 126).

corresponsabilidad, confianza, ética en los negocios, prevención de negocios ilícitos, vinculación con la comunidad, transparencia, honestidad y legalidad, justicia, equidad, empresarialidad y desarrollo social, responden al criterio por el cual se entiende que las corporaciones conocen y están conscientes de las consecuencias de sus actividades.

Pero la responsabilidad social corporativa no puede limitarse a su plano externo, desde la simple voluntariedad, sino deben mirarse a lo interno para poner en marcha una serie de normativas de autorregulación cuyo incumplimiento puede acarrearle consecuencias penales de darse la comisión de un delito bajo ciertos presupuestos establecidos en la ley. El mensaje es eminentemente de carácter preventivo.

II. MODELO DE RPPJ POR UNA CULTURA EMPRESARIAL DE CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD

Esta teoría, junto con el modelo de defecto de organización, es la más adecuada para establecer RPPJ, dice Gómez Jara²³⁰, e intenta llegar a esta conclusión por la vía del concepto constructivista de culpabilidad de la corporación basada en la verificación de una cultura de inobservancia de la ley. Este autor utiliza la teoría de los sistemas sociales autopoieticos y desecha la teoría del defecto de organización para construir una culpabilidad basada en la disposición jurídica de la corporación como sujeto de pena y que se "...se sintetiza en la cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad...desde la perspectiva de simbolizar la infracción del rol de ciudadano (corporativo en el caso de la persona jurídica) fiel al Derecho..."²³¹.

El concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica tiene como antecedentes fundantes la tesis de la preexistencia

230.- GÓMEZ JARA, C. (2012: 162).

231.- GÓMEZ JARA, C. (2012: 168).

de una cultura corporativa de rompimiento con el orden legal que obedece a la capacidad de las corporaciones para desatender exigencias de cumplimiento normativo. Es decir, el eje de atención deja de ser los defectos de organización para concentrarse en la capacidad del sujeto-empresa para violar la ley, su disposición o predisposición de cumplimiento con el orden legal desatendiendo su papel de buen ciudadano corporativo. La culpabilidad, a criterio de Gómez Jara²³², se sustenta en el desvalor del papel de ciudadano fiel al Derecho y la vigencia de la norma jurídica. La falta de entronización en la empresa de un estado latente demostrativo de una cultura corporativa conduce a un estado de quebrantamiento del rol de ciudadano corporativo como equivalente funcional de la RPPJ.

Feijoo es un severo crítico de este modelo porque cree que es difícil imaginarse a una corporación que actúe y se organice al margen del factor humano y sobre esta base construir una culpabilidad prescindiendo de los individuos que la dirigen y administran. Tal vez podría ser un modelo referencial alternativo para estructuras empresariales muy complejas²³³ pero de muy difícil aplicación a corporaciones con estructuras organizacionales más sencillas y simples.

232.- GÓMEZ JARA, C. (2012: 168). El autor cree que se extiende el rol del ciudadano cumplir de la ley al papel de buen ciudadano fiel al derecho de la corporación y a través de los equivalentes funcionales equipara la culpabilidad del individuo con la culpabilidad corporativa

233.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:55). Para Feijoo es modelo sería a absurdo aplicar a personas jurídicas tan diferentes. Al respecto dice que "... Es difícil encontrar sustratos materiales comunes entre realidades tan diferentes como una gran empresa, una sociedad mercantil familiar, una asociación de vecinos y un partido político sin incurrir en un excesivo grado de abstracción o vaguedad. Parece que lo único que tendrían en común es un elemento institucional vinculado a la personalidad jurídica..."

A. Sustentos teóricos del modelo basado en la cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad

Son varios los puntos importantes que es necesario describir para establecer los límites de validez del modelo.

1. La cultura institucional como producto real de decisiones corporativas históricas.

Antes habíamos afirmado que la persona jurídica, lejos de una simple sumatoria de las partes, adquiere una identidad propia que las individualiza frente a las demás en el contexto social que opera. Feijóo Sánchez cree que la identidad organizativa es producto de la interacción de tres factores fundamentales: decisiones humanas, recurrencia y tiempo. El término proceso histórico al que nos referimos, junto con el autor, tiene que ver con el conjunto de decisiones humanas, de quienes integran una persona jurídica, que van siendo adoptadas a través del tiempo y que guardan relación entre ellas pero que son autónomas a las meras decisiones individuales. La cultura empresarial es producto de decisiones no conscientes ni programadas. Responde a necesidades temporales de la corporación en un contexto institucional²³⁴.

La cultura institucional es una realidad y no una ficción. El fundamento de la responsabilidad penal radica en esta realidad y

234.- FEIJOO SANCHEZ, B. (2016i:15). "Replica a Javier Ciguela". En: Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N.º. 2, Abril 2016, pág. 15, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513413>. Textualmente dice: "...El núcleo correcto de todas estas ideas es que la identidad de las organizaciones complejas es más el resultado de una compleja interacción de factores que dependen de decisiones humanas (más o menos recurrentes) que se suceden en el tiempo que algo que vaya de forma responsable y autónoma construyendo la propia persona jurídica titular de la organización o la propia sociedad mercantil. La cultura empresarial o el 'clima ético' de una organización son el fruto o la consecuencia de una red de relaciones y decisiones interpersonales a lo largo del tiempo en un contexto institucional...".

no en elementos antropomórficos aplicados al ente moral porque las realidades estructurales de la empresa están presentes y forman parte de su realidad frente a la sociedad y frente a sí mismas²³⁵.

2. La frecuencia en la comisión de delitos como indicio del defecto estructural.

Si la comisión de un delito en el ámbito de funcionamiento de la corporación es el resultado de una casualidad o un evento excepcional entonces podría considerarse un caso fortuito que por el hecho de la infrecuencia evidenciaría la existencia de una cultura organizacional bien estructurada, con un entramado jurídico interno muy eficiente y eficaz a la hora de prevenir, denunciar y castigar hechos ilícitos.

Pero si, por el contrario, es frecuente la comisión de hechos delictivos más allá del rango de probabilidades aceptadas como permisibles entonces podría llevarnos a la conclusión de que las conductas ilícitas del trabajador o funcionario corporativo están asociadas a prácticas internas o a un sistema normativo carente de control y verificación de funciones y obligaciones. La otra

235.- FEIJOO SANCHEZ, B. (2016i:5). En relación con este punto Feijoo reitera que la visión que tenemos de las personas jurídicas, especialmente de las empresas, debe cambiar. Dice "...Es indisociable el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas del fin de estimular un mayor cumplimiento de la legalidad. Sin tener en cuenta que la persona jurídica ha ido quedando progresivamente configurada por el sistema jurídico como una especie de "responsable de estimular la legalidad" (lo cual tiene una dimensión mucho más amplia que la tradicional posición de garantía del empresario o el administrador con respecto a sus subordinados) no es posible entender el modelo español vigente. Dicha modificación de las expectativas sociales y jurídicas hacia la empresa y otras personas jurídicas permite combatir problemas sobradamente identificados que venían planteando las organizaciones tradicionalmente y que se habían venido definiendo con expresiones como "irresponsabilidad organizada, estructural o institucionalizada" como característica de la creciente complejidad de las organizaciones o "actitud o espíritu criminal de grupo" como principal factor criminógeno en delitos económicos y empresariales..."

posibilidad se evidencia cuando existe el delito pero es indeterminada o difícilmente detectable la persona física responsable. En ambos casos es evidente que estamos frente a un defecto estructural u organizacional.

El defecto estructural es penalmente relevante pero no suficiente. A criterio de Feijoo, es "... una situación incompatible con el desarrollo de una política o cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad penal y que tal situación se concrete o realice en la comisión de un hecho delictivo por parte de un integrante de la empresa..."²³⁶ siendo, en este sentido la cultura corporativa todo el conjunto de "...condiciones estructurales que permiten asegurar el cumplimiento de la legalidad por parte de la organización..."²³⁷. En este contexto la responsabilidad penal tiene su sustento en hechos concretos, reales y verificables, en fenómenos organizativos y estructurales que unidos a la conducta infraccional de la persona física explican la responsabilidad propia de la persona jurídica. Si ese defecto estructural que posibilitó la comisión de un delito viene evidenciándose reiteradamente en el tiempo y que además no haya sido motivo de preocupación reparatoria o de medidas correctivas por parte de un sistema de vigilancia y control interno significaría que estamos frente a la existencia de una falta de cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad.

3. El desarrollo de una identidad propia de la persona jurídica.

En el modelo de responsabilidad por defecto estructural la persona jurídica desarrolla una identidad estructural corporativa propia compuesta por una red de interacciones y decisiones interpersonales acentuadas por el tiempo, sin conciencia de su realización y que le dota de cierta personalidad institucional con características propias y reales. Sobre esta identidad colectiva se construye de forma efectiva y real la responsabilidad penal

236.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:75).

237.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:71).

en la que el delito sea una expresión no solo individual, de la persona física, sino relacionada estrecha y determinantemente con razones de carácter funcional-estructural.

El defecto estructural de la organización está relacionado con el entramado estructural-orgánico de la empresa que permite y facilita el cumplimiento de la corporación con la normativa legal que la rige, en términos de eficiencia y eficacia. Las situaciones conducentes a la comisión individual de un delito, en el seno de la corporación, favorecido por un clima que no es compatible con la cultura empresarial desarrollada sino que tiene una frecuencia que va más allá de la simple casualidad o excepción, nos conducen pensar que estamos frente a una cultura empresarial defectuosa no amigable con el derecho.

4. La separación entre la conducta individual y la conducta corporativa.

Lo particular de este modelo es que no necesariamente el individuo que cometió el delito sea penalmente responsable del mismo. En estructuras corporativas complejas y grandes el defecto estructural que facilita la comisión no es atribuible a una sola persona porque el hecho delictivo es estructuralmente más complejo por lo masivo de los sujetos individuales que participaron sin conciencia de los efectos lesivos. Dada la separación estructural en tiempo y espacio que caracteriza a las grandes corporaciones, como las multinacionales por ejemplo, la conducta de los individuos que incurrieron en la ejecución del delito probablemente no tienen ni el poder ni la fuerza para influir en el resultado dada la insalvable distancia comunicacional entre los centros de decisión y los de ejecución.

La comisión de un delito requiere imprescindiblemente la participación de una persona física, identificada o no, cuya conducta constituye el fundamento de su propia responsabilidad individual y no se la debe identificar con la conducta de la corporación que origina la RPPJ: Este modelo requiere el hecho infraccional de

la persona física como elemento desencadenante de aquella, no como fundamento sobre el que se erija la responsabilidad del ente colectivo. La persona jurídica realiza un hecho propio y distinto que sirve de base para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y que a diferencia del modelo vicarial quien recibe la sanción sí es el sujeto de imputación, dice FEIJOO SÁNCHEZ²³⁸

Recordemos que el defecto de organización adolece del problema de pretender ser equivalente a la culpabilidad empresarial y de representar un estatus de deficiencia organizacional que hace del delito de la persona física el delito de la corporación, lo cual viene a ser otra forma de transferencia de responsabilidad por hecho ajeno. Feijoo es claro cuando afirma "...No es la calidad de la organización y de sus procedimientos internos el objeto de la responsabilidad penal, sino que se trata de imputar la comisión de delitos —además de las personas físicas— a las personas jurídicas que tienen una cultura mínima de cumplimiento de la legalidad penal..."²³⁹. En el modelo por hecho estructural la responsabilidad individual es autónoma, independiente y acumulativa porque, en este caso, la culpabilidad de la corporación proveniente de un defecto estructural que ha facilitado la comisión de la infracción.

5. El defecto estructural como conductas despersonalizadas.

Según FEIJOO, el defecto estructural está constituido por aquellas condiciones organizativas de la persona jurídica que no hacen posible la realización del marco legal sobre el cual la persona jurídica tiene el deber de cumplirlo. No es cualquier defecto sino aquel que está relacionado directamente con la infracción penal cometida por la persona física. Son conductas despersonalizadas, dice Feijoo Sánchez, que cuando se refiere al caso español añade "...lo que se está discutiendo en el fondo, y esta

238.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:51).

239.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016i: 6).

es la cuestión relevante, es si la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por las características de éstas, es idéntica estructuralmente a la de las personas físicas... definir la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas como penal no implica tener que asumir que deba ser entendida de modo simétrico o idéntico..."²⁴⁰

Una cultura corporativa de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad no es consecuencia de hechos aislados atribuibles a las personas naturales. La cultura de respeto o irrespeto a la legalidad viene a ser un producto terminado, una condición real que la empresa tiene en ese momento, producto de muchas decisiones macro organizacionales que generan ambientes propicios para la comisión de delitos. La responsabilidad individual y la responsabilidad corporativa se vuelven autónomas porque cada una responde por un hecho propio distinto: la persona física por el delito cometido y la persona jurídica por mantener organizaciones con ambientes que favorecen el crimen. Este agregado a la responsabilidad individual, en el que se convierte la responsabilidad corporativa, puede ser único y autónomo si por la compleja estructura organizacional de la persona jurídica no fuere posible individualizar a los autores físicos de la infracción.

En este punto, como lo señalamos anteriormente, es suficiente la constatación de la lesión a un bien jurídico protegido como factor que desencadene un proceso de determinación de la RPPJ fundamentado en la influencia del defecto estructural en la realización de la infracción. En este punto Feijoo cree dar un paso adelante en relación con los trabajos de Gómez Jara y Nieto Martín quienes aceptan la idea de la identidad propia de la empresa con el cumplimiento de la legalidad²⁴¹ aunque, a diferencia

240.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:47).

241.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:75). Dice este autor que "...la adaptación de Gómez Jara de la idea de la empresa como "un buen ciudadano corporativo" con responsabilidad social con respecto a intereses que no son solo las ganancias de los accionistas, aunque este autor haya sobredimensionado la fuerza de esta idea al entender desde una perspec-

de GÓMEZ JARA, FEIJOO acepta que este modelo es aplicable solo a corporaciones complejas, grandes y cotizadas²⁴².

6. Consideraciones generales que determinan un modelo de responsabilidad por hecho propio desde la conducta de la persona individual

Feijoo es muy acucioso a la hora de defender un modelo de responsabilidad corporativo. Sabe que no se puede construir un sistema de RPPJ puro y que prescinda de la conducta de la persona física. Este hecho generador de un proceso de determinación de la responsabilidad penal corporativa no debe confundirse con el hecho en el que se fundamenta tal responsabilidad. El delito

tiva sistémica que "...la cultura de la empresa es la que le concede una identidad propia a la organización empresarial...". También entiendo que otros autores como Nieto Martín han sobredimensionado la relevancia de fenómenos como la autorregulación regulada o las políticas del Buen Gobierno Corporativo que, más que otorgar un fundamento a la responsabilidad de las personas jurídicas, discurren en paralelo indicando ciertas transformaciones del Derecho y de lo que implica el reconocimiento de personalidad jurídica (transformaciones que son globales y de ahí la expansión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho comparado)...".

242.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016i:17. Feijoo explica que "...Cuanto más pequeña sea y menor complejidad tenga una organización, más evidente será que el hecho sólo tiene una explicación individual en la medida en la que las estructuras tradicionales de responsabilidad individual son suficientes. Pero en los casos de organizaciones grandes y complejas existe un problema real relativo a la 'exigibilidad' de determinadas políticas corporativas de cumplimiento de la legalidad penal y de la reacción corporativa frente a tales delitos una vez detectados (una empresa con vocación de cumplimiento de la legalidad o dispuesta a observar lo prescrito por las normas debería denunciar los delitos cometidos en su beneficio que detecta). Si alguno de estos dos aspectos no ha quedado bien resuelto entra en juego la responsabilidad penal de la entidad. Se puede hacer responsable a uno o varios individuos de la infracción concreta de deberes de gestión de riesgos empresariales, pero no de las 'decisiones morales' a largo plazo que han dado lugar a que la entidad tenga una determinada identidad, cultura o ética más o menos compatible con el Derecho..."

de la persona física sirve de sustento para establecer su responsabilidad independiente de la que le impongan a la persona jurídica. La RPPJ no debe establecerse por la mera existencia de un defecto de organización que siempre será el mismo defecto para cualquier tipo de delito que se cometa en el seno de la corporación. Este es la crítica más severa que tiene el modelo por defecto de organización, y es que no se podría individualizar a la empresa al momento de responsabilizarla por un hecho diferente al de la persona física, contrariando lo que establecen los tipos penales sobre delitos diferentes con penas diferentes tanto para la persona física como para la persona jurídica. Si tienen penas diferentes para delitos diferentes entonces la RPPJ debe fundamentarse en la comisión del mismo hecho por el que se le está juzgando a la persona física. No por uno diferente y estándar como es el defecto de organización que tiene el defecto de no ser un tipo penal positivizado.

Entonces la pregunta que nos hacemos junto con Feijoo se refiere a qué características debe tener la conducta humana para definir algún mecanismo de vinculación y determinación con la responsabilidad penal de la persona jurídica, aun en el evento de que el individuo no fuera particularizado, ni identificado, o se encuentre en calidad de beneficiario de alguna causal de justificación. El defecto de organización deja de ser el hecho determinante de la responsabilidad penal corporativa para convertirse en un elemento no imprescindible del modelo de imputación por hecho propio propuesto por Feijoo. La ausencia de normas internas de control o la existencia de un compliance no son elementos que irrefutablemente conducen a la configuración de una cultura de cumplimiento de la ley. Sin embargo, pueden manifestarse como acciones de un empleado o funcionario, como acciones de un superior jerárquico que ordena, incita o simplemente no evita la comisión de delitos; o el caso en que el oficial de cumplimiento ordena o permite la comisión del hecho delictivo. No es solo la existencia de un programa de cumplimiento o compliance sino el funcionamiento eficaz de éste lo que constituye el presupuesto de la responsabilidad por hecho propio.

7. Presupuestos procesales y condiciones bajo las cuales un modelo de autorresponsabilidad de la RPPJ puede construirse.

Siguiendo a Feijoo²⁴³ podríamos considerar el cumplimiento de los siguientes presupuestos y condiciones:

- a.- Debe existir una conducta delictiva de una o varias personas físicas que tengan una relación funcional con la corporación y que produzca beneficios para ésta.
- b.- Que se verifique la existencia de un sistema de incumplimiento de deberes de supervisión, vigilancia y control sin cuya omisión se hubiese podido evitar la comisión del delito, con el grado de certeza. Es decir, una ausencia de políticas de supervisión hacia los empleados; la carencia de sistemas de vigilancia hacia la predisposición de cumplimiento legal de los superiores jerárquicos. Esta actividad debe ser realizada preferentemente por un oficial de cumplimiento; y finalmente la evidencia de un déficit de control a las actividades del cumplimiento que podría detectarse a través de las empresas auditoras externas independientes, o por algún mecanismo de auditoría parecido.
- c.- La verificación de la existencia de un defecto estructural de organización relacionada directamente con la adopción y seguimiento, o ausencia, de políticas institucionales al interior de la persona jurídica "...que pueden ir conformando progresivamente una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que las integra..."²⁴⁴ como asegura en la misma línea Silva Sánchez.

243.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:106).

244.- SILVA SÁNCHEZ, J. (2013:35). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español". En MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (págs. 15-42). Este autor, en términos generales concuerda con Feijoo Sánchez sobre la car-

También se refiere a la falta de programas de cumplimiento eficientes y eficaces los mismos que de verificarse su implementación podrían excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas aun en el evento de que se hayan verificado los puntos 1) y 2).

8. El modelo del hecho delictivo de tipo estructural debe contemplar a los programas de cumplimiento como atenuantes o eximentes de responsabilidad penal.

Por el principio de responsabilidad social aplicable a las corporaciones, las exigencias político-criminales del Estado dirigida a las personas jurídicas para la implementación de configuraciones normativas internas orientadas al cumplimiento de la legalidad, debe tener un contrapeso procesal para que el cumplimiento de tales exigencias constituya una circunstancia atenuante o eximente de responsabilidad penal²⁴⁵. En el modelo vicarial una política de esta naturaleza sería de imposible realización porque un sistema de cumplimiento preventivo tendría por objeto la evitación absoluta de delitos porque implicaría un sistema de vigilancia y control sobre cada uno de los individuos que conforman la corporación. Este sistema tendría su lógica porque el delito de cada individuo se traslada a la corporación.

En el modelo de cultura de cumplimiento, en el que la RPPJ se fundamenta en un hecho propio de corporación, se racionaliza

característica de la cultura empresarial como elemento determinante para configurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así dice "...A mi juicio las personas jurídicas no pueden lesionar normas jurídicas de determinación y por ello tampoco pueden ser destinatarias de juicios de reproche. Sin embargo, resulta claro que las dinámicas de grupo internas de una persona jurídica pueden ir conformando progresivamente una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que las integra. Esta realidad (estado de cosas, state of affairs) no es atribuible a una persona en concreto sino a una sucesión difusa de personas a lo largo del tiempo (que han generado una organización defectuosa, un déficit de autorregulación o una dinámica de grupo criminógena..."

245.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:76).

la exigencia del Estado en relación con el cumplimiento de las actividades de la empresa, a la existencia de una "... adecuada cultura o estructura de cumplimiento exonere de responsabilidad a pesar de que una persona física delinca. Si estructuralmente la empresa queda desvinculada del delito, entonces procesalmente se castiga como un mero suceso individual..."²⁴⁶. En este sentido se cumpliría las expectativas de un modelo penal de culpabilidad constitucionalmente aceptable.

9. No existe exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica si el programa de cumplimiento o compliance no está vinculado con la conducta de la persona física.

La implementación de un programa de cumplimiento al interior de la empresa con el objeto de crear una cultura de cumplimiento con la ley no genera, por si solo o por su mera adopción, una exoneración de la responsabilidad. De igual forma, la simple ausencia del compliance program dentro de la estructura normativa interna de la persona jurídica tampoco puede llevarnos a concluir con la existencia de responsabilidad penal corporativa.

Se requiere la constatación de la comisión de un hecho delictivo realizado por la persona jurídica, por lo menos, o la constatación de un daño al bien jurídico, en caso de ausencia del individuo, como hecho que desencadena la RPPJ. La simple ausencia de programas de cumplimiento al interior de la corporación sin la verificación previa de la existencia de la lesión o la constatación de una conducta individualizada conduce a la aplicación de criterios identificados con la responsabilidad objetiva²⁴⁷.

246.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:76).

247.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016i:16). Feijoo pone un ejemplo que resalta la diferencia. Dice "...Por ejemplo, si una entidad financiera coloca de forma fraudulenta determinados productos a sus clientes en la mayoría de sus sucursales, no cabe duda de que cada empleado que haya engañado de forma típica a sus clientes se merece un castigo, pero quizás sea cierto que normativamente se trata de una explicación insuficiente si los administradores han impulsado de forma temeraria a sus empleados

De manera similar, la simple formalización de un programa escrito de cumplimiento al interno de la organización sin que haya sido socializado, comunicado, y verificado con las personas naturales que forman parte de la corporación implica su inexistencia a la hora de pretender utilizarlo como una eximente de responsabilidad penal. Feijoo reitera que los programas de cumplimiento deben ser institucionalizados, implementados y comprobados de manera permanente para que sean eficaces a la hora de prevenir el delito y eficientes a la hora de utilizarlos en el proceso penal como causas de exoneración o atenuación de la culpa²⁴⁸.

a esa dinámica con una política de incentivos perversa. Por el contrario, una estafa puntual del Director de una sucursal al margen de las políticas de la entidad permite explicar el hecho como algo estrictamente individual y el castigo a la entidad sería inmerecido y, por lo tanto, preventivamente innecesario. En el segundo caso la condena al Director de sucursal es suficiente, en el primer caso hace falta 'algo más'. El 'fallo estructural' que afecta a varios niveles de la organización es un requisito imprescindible para hablar de un injusto propio, pero hace falta también hacer responsable a la propia entidad de ese 'fallo estructural...'

248.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016i):5. En este trabajo Feijoo ejemplifica la característica principal del modelo de RPPJ por defecto estructural. Dice "...Supongamos que en una empresa se comete un delito de corrupción pública o privada en su beneficio, infracción que no ha podido ser prevenida porque la empresa no tenía establecido un adecuado control de la contabilidad de acuerdo a sus posibilidades ni procedimientos centralizados de control de pagos. La empresa podría verse exonerada de responsabilidad penal si, por ejemplo, a través de la denuncia de un empleado pone en marcha una rigurosa investigación interna que le permita detectar el soborno e identificar a los responsables del mismo, poniendo el resultado de la investigación y las pruebas obtenidas a disposición de las autoridades y colaborando con ellas. Como se puede apreciar en este ejemplo, no todo fallo de prevención, control, vigilancia o supervisión supone responsabilidad penal para la persona jurídica, sino que sólo se debe entender como un indicio de defectos estructurales en relación al cumplimiento de la legalidad. No es suficiente un delito de un subordinado en beneficio de la empresa con una falta de control, supervisión y vigilancia por parte de alguien con poder dentro de la misma para que se entienda que existe responsabilidad de la persona jurídica. Hasta la reforma de 2015 sólo era posible llegar a esta conclusión mediante una compleja labor hermenéutica del parco Artículo 31 bis en su versión original. La situación ha cambiado sustancialmente..."

Feijoo nos proporciona un ejemplo que explica claramente el modelo de responsabilidad por hecho propio. Dice "...Supongamos que en una empresa se comete un delito de corrupción pública o privada en su beneficio, infracción que no ha podido ser prevenida porque la empresa no tenía establecido un adecuado control de la contabilidad de acuerdo a sus posibilidades ni procedimientos centralizados de control de pagos. La empresa podría verse exonerada de responsabilidad penal si, por ejemplo, a través de la denuncia de un empleado pone en marcha una rigurosa investigación interna que le permita detectar el soborno e identificar a los responsables del mismo, poniendo el resultado de la investigación y las pruebas obtenidas a disposición de las autoridades y colaborando con ellas. Como se puede apreciar en este ejemplo, no todo fallo de prevención, control, vigilancia o supervisión supone responsabilidad penal para la persona jurídica, sino que sólo se debe entender como un indicio de defectos estructurales en relación al cumplimiento de la legalidad. No es suficiente un delito de un subordinado en beneficio de la empresa con una falta de control, supervisión y vigilancia por parte de alguien con poder dentro de la misma para que se entienda que existe responsabilidad de la persona jurídica. Hasta la reforma de 2015 sólo era posible llegar a esta conclusión mediante una compleja labor hermenéutica del parco Artículo 31 bis en su versión original. La situación ha cambiado sustancialmente..."

Del ejemplo propuesto podemos sacar las siguientes conclusiones que nos permiten un mejor entendimiento del sistema de responsabilidad por hecho propio propuesto por Feijoo:

- a.- Puede existir la comisión de un delito de estafa por una falla estructural en las políticas de comercialización implementadas por ese departamento de la empresa X pero si esa falla es detectada a tiempo por un departamento de cumplimiento y vigilancia de la misma empresa que denuncie a las autoridades, que además corrige o suspende el daño producido y que además esta estafa no constituya un acto reiterativo en las actividades de la persona jurídica, entonces no habría

responsabilidad de la corporación porque demostró con la implementación de aquel compliance eficaz tener una cultura de cumplimiento con la ley aunque haya existido una falla estructural que permitió el delito.

- b-** En lo contrario, esto es en el caso de que el delito no sea detectado por algún organismo de control de la empresa, que de ejecutarse mínimamente lo hubiera detectado, sino fue evidenciado por denuncia de un consumidor a las autoridades, el juicio de valor de la eficacia del compliance determinará la responsabilidad de la persona jurídica ya que existiría un fallo estructural y una ausencia de una programa de cumplimiento eficaz. Como vemos, la RPPJ se desencadena por la actuación de los vendedores pero se fundamenta en la falta de una cultura de cumplimiento de la ley evidenciada por la ineficacia del compliance interno.
- c.-** Si pese a tener un compliance eficiente y las actuaciones de las personas físicas que cometieron el delito fueron muy meticulosas y difícilmente detectables, la RPPJ tampoco se verificaría porque la eficacia del compliance va más allá de sus posibilidades reales. En este caso se demostraría la existencia de un fallo estructural pero no una falta de cultura de cumplimiento de la ley.

En todos los casos el fundamento de la RPPJ es por un hecho propio traducido en la eficacia del programa de cumplimiento o compliance y no en la conducta de la persona física. En el supuesto de que la persona física responsable no fuera posible ser identificada o precisada el proceso penal de la corporación se iniciaría de igual manera en contra únicamente de la corporación y la determinación de la responsabilidad penal se establecería en su contra con total independencia de que se inicie o no un proceso en contra de la persona física. En un sistema vicarial esta independencia sería imposible de ser aplicada porque la RPPJ depende de la responsabilidad de la persona física que, si no es identificada, la corporación no

puede ser responsabilizada de acto alguno. Este sentido de independencia no es el que debe aplicarse a lo previsto en el Artículo 50 del COIP porque tiene otra connotación.



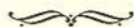
CAPÍTULO I

INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y CONTROL

LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y LA
AUTORREGULACIÓN

PARTE IV

LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y EL PROCESO PENAL EN EL ECUADOR



CAPÍTULO I

INTERVENCION DEL ESTADO Y CONTROL SOCIETARIO

I. LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y LA AUTORREGULACIÓN

La primera idea del defecto de organización la extraemos de la estrecha vinculación con el conjunto normativo formal e informal que configura el funcionamiento de una corporación y que, dadas sus características, la particularizan en relación con otras. No son solo normas las que configuran el entramado funcional de una empresa sino también el conjunto de decisiones y políticas sistémicas, no aisladas, que adopta una institución para el cumplimiento más óptimo de su objeto social, y que el ordenamiento jurídico debería obligar su cumplimiento como medida preventiva para evitar la comisión de delitos dentro de la corporación por parte de sus integrantes.

Adán Nieto en un recuento histórico sobre la autorregulación, opina que la desconfianza del Estado en la ética de las actividades empresariales se remonta siglos atrás y que por ello fue necesario no solo establecer índices regulatorios para evitar los abusos de los administradores frente a los socios capitalistas sino que también hubo necesidad de construir criterios como el de responsabilidad social²⁴⁹ de la empresa para evitar extralimi-

249.- NAVAS MONDACA, I. (2013:112). "Los código de conducta y el Derecho penal Económico". En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (págs. 15-42). Navas expresa: "...la autorregulación y sobretodo los códigos de conducta están profundamente ligados a los conceptos de responsabilidad social corporativa, a los de-

taciones de los empresarios en relación con los consumidores, usuarios y frente al mismo Estado²⁵⁰.

Los principios de responsabilidad social debían establecer un equilibrio entre los deseos ilimitados de maximizar las ganancias de las corporaciones y la responsabilidad social que tienen las personas jurídicas y lo determinante de su influencia en la vida social, económica y política de un país²⁵¹. Los modelos liberales

nominados valores, principios y ética de la empresa, así como al de buen ciudadano corporativo..."

250.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016i:5). Feijoó refuerza la idea actual de lo que se entiende por responsabilidad social y el nuevo cometido de las personas jurídicas, expresado en los términos diversos utilizados para expresar o definir esas condiciones. Dice "...Dicha modificación de las expectativas sociales y jurídicas hacia la empresa y otras personas jurídicas permite combatir problemas sobradamente identificados que venían planteando las organizaciones tradicionalmente y que se habían venido definiendo con expresiones como irresponsabilidad organizada, estructural o institucionalizada" como característica de la creciente complejidad de las organizaciones o "actitud o espíritu criminal de grupo" como principal factor criminógeno en delitos económicos y empresariales⁵. Pero no se trataba en realidad más que de consecuencias lógicas de una forma de entender las responsabilidades hacia su entorno social por parte de las personas jurídicas titulares de dichas organizaciones, entendimiento que en los últimos años ha sufrido una radical transformación a nivel global. Como consecuencia de dicha transformación, lo que podemos denominar el fin de cumplimiento de la legalidad excede desde diciembre de 2010 del ámbito de la estricta responsabilidad individual con la que tradicionalmente ha actuado el sistema penal español y pasa a ser un cometido de las sociedades mercantiles y otras personas jurídicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene que ver en gran medida con el incumplimiento de este nuevo cometido asignado por el sistema jurídico. El Estado no quiere ya estimular exclusivamente la responsabilidad social corporativa y de las organizaciones mediante premios y reconocimiento, sino de forma más estricta y rigurosa para que las entidades se tomen en serio tal tarea⁶..."

251.- BALCARCE, F., BERRUEZO, R. (2016: 150). "Criminal compliance y personas jurídicas". Buenos Aires: Editorial IB de f. El autor destaca que en la actualidad nadie duda de la capacidad de influencia de las personas jurídicas sobre el poder político y económico para hacer leyes a su medida y consolidar lazos de influencia a través de la corrupción.

de autorregulación y los modelos intervencionistas del Estado en la regulación de las actividades corporativas se enmarcan en esa preocupación de controlar los enormes y sofisticados riesgos que se presentan en una sociedad globalizada como la actual, en la que las empresas se ha convertido en escenarios ideales y propicios para encubrir o perpetrar una gama ilimitada de delitos como es el caso de las infracciones ambientales, blanqueo de capitales, prácticas de corrupción, pornografía, estafas financieras internacionales, etc.

En la actualidad, a partir de este milenio, una opción muy aceptada es inclinarse por un modelo que consagre la pretensión interventora absoluta del Estado para dictaminar regulaciones normativas de aplicación general y de políticas de supervisión, control absoluto, así como de sanción penal frente a la inobservancia de tales normativas. Quienes abogan por esta alternativa están convencidos en que los múltiples y graves escándalos financieros y empresariales han demostrado que una autorregulación asentada en el principio de libre mercado ha sido desastrosa para el interés público y social²⁵².

Por otro lado, sin que parezca contradictorio, autores como González de Len Berini²⁵³ tienen el criterio que en este punto tampoco podríamos renunciar a la pretensión de conceder a las empresas un poder de autorregulación que sea eficaz a la hora de contener y disipar la generación de riesgos que se producen en un mercado tan competitivo como los que tenemos en este proceso de globalización²⁵⁴, precisamente porque la mejor forma

252.- GONZÁLEZ, A. (2013:78). "Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal, pasado, presente y futuro de los límites jurídico – penales al libre mercado y a la libertad de empresa". En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (págs. 77-110).

253.- GONZÁLEZ, A. (2013:79).

254.- COCA VILA, I. (2013:45). "Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada.

En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la

de prevenir las quiebras y las infracciones corporativas podrían provenir de la adopción de mecanismos de co-regulación con una intervención medida del control estatal.

La administración de los riesgos corporativos a través de la autorregulación ha ganado espacios significativos en los ordenamientos jurídicos de muchos países porque conjuga el control social y el control de riesgos sin la aguda intervención directa del Estado con un cuantioso ahorro de recursos al transferir la garantía de control a las mismas corporaciones.

Es aventurado afirmar que la autorregulación vendría de alguna manera a desplazar al Derecho penal en la prevención del delito desde un plano corporativo y no meramente individual. Pero necesariamente debemos tener en cuenta que el fundamento autorregulatorio debe darse en el contexto de un modelo que garanticen los fines preventivos de la política criminal y bajo un estricto apego a los derechos corporativos de los que las personas jurídicas son titulares.

En este punto, autores como FEIJOO SÁNCHEZ y NIETO, entre otros, aceptan que la conjugación entre los principios de la responsabilidad social corporativa y la autorregulación podría constituirse en el fundamento de un nuevo modelo alternativo de la RPPJ, que si bien es cierto países como España, y otros de Europa, ya lo contemplan con las especificidades propias de cada ordenamiento, tienen el potencial de ser referentes en ordenamientos jurídicos como los latinoamericanos dado el carácter tributario, en materia penal, de la dogmática española y

empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (págs. 43-76 y 44-45.). Este autor advierte que este fenómeno de la autorregulación es parte de un fenómeno de desmonopolización de la creación del derecho por parte del Estado tendiente a conjurar los intereses de las empresas con los de la sociedad. Dice que el espectro regulatorio "...estaría integrado por mecanismos de intervención estatal mixtos englobados bajo el topos de la autorregulación. Se habla así de meta-regulación, autorregulación-regulada o co-regulación y autorregulación pura..."

de cuyos problemas de adaptación habíamos hecho referencia anteriormente en materia de la RPPJ.

II. EL ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LA AUTORREGULACIÓN

El fenómeno de la globalización significa un estado de desarrollo económico, financiero y tecnológico en el que las corporaciones, especialmente las empresariales, han adquirido tal poder político y económico que sus actividades, con un alto componente transnacional, superan en influencia, montos y control del sistema financiero y de comercio mundial a los niveles de soberanía y autonomía de los Estados. Incluso presenciamos cómo en el escenario mundial, en materia de producción industrial e intercambio comercial, las empresas y las personas jurídicas han alcanzado niveles de influencia y poder igual o superior a los presupuestos financieros de varios Estados juntos²⁵⁵.

Frente a esta realidad los clásicos controles estatales sobre las corporaciones han experimentado una evolución en los mecanismos de supervisión y control que sobrepasa la capacidad económica y tecnológica requeridas para tal cometido, agudi-

255.- GONZÁLEZ, A. (2013:78). "Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal, pasado, presente y futuro de los límites jurídico – penales al libre mercado y a la libertad de empresa". En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (pág. 77-110). El autor es determinante a la hora de ponderar la influencia mundial de las grandes corporaciones. Dice "...En muchos aspectos la crisis financiera mundial que vivimos desde mediados del año 2008 ha marcado el comienzo de una nueva era. Entre muchas otras cosas, ha quedado palmariamente demostrado que los mercados financieros de hoy presentan riesgos potenciales muy graves para todas las economías nacionales, así como para todo el sistema económico mundial. Y es que lo que comenzó inicialmente como simples temblores en el mercado hipotecario de alto riesgo de los Estados unidos, en cuestión de meses se convirtió en una crisis global en toda regla, que ha estado a punto de incapacitar totalmente el sistema financiero mundial, dando lugar a un quebrantamiento económico y social que ha alcanzado a todos los rincones del mundo...".

zada por la cada vez mayor complejidad técnica y científica de los procesos de producción y organización de las personas jurídicas. El poder regulatorio del Estado a través de normativas generales ha sido permanentemente disminuido por los niveles altos de costes que significan la regulación y control de riesgos originados por esta dinámica empresarial en términos de especialización y profesionalización de los agentes estatales de supervisión, sumado a la complejidad de los sistemas organizacionales y programas de gestión²⁵⁶.

No olvidemos que a estos factores negativos se unen otros como el permanente déficit social y económico que sufren los Estados, la carencia de recursos humanos capacitados y ausencia de tecnologías adecuadas y económicas. Por esa razón la opción autorreguladora de las personas jurídicas se impone como estrategia viable y efectiva que no necesariamente significa una renuncia al control corporativo del Estado. Por el contrario, las personas jurídicas se instrumentalizan en función de las necesidades de control estatal a menor costo y con más capacidad de vigilancia y supervisión ahora en manos de las personas jurídicas.

En este sentido el autocontrol no significa una renuncia a la capacidad controladora y normativa del Estado, sino que, por el contrario, involucra a las personas jurídicas de manera directa y económica en el cumplimiento de la legalidad y de los objetivos generales constantes en los planes y programas de desarrollo nacional. El Estado "...no puede sino tratar de garantizar el alineamiento de los intereses individuales empresariales con los generales, que son los legítimamente estipulados a través de procedimientos democráticos de regulación...", dice Coca Vila²⁵⁷. En resumen, la tendencia actual es que el Estado pierda protagonismo en el control de riesgos y en el control de las ac-

256.- COCA VILA, I. (2013:44-46). "Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada. En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (pág. 43-76).

257.- COCA VILA, I. (2013:44).

tividades de las corporaciones por razones atribuidas a la dinámica del desarrollo tecnológico especializado, con niveles de complejidad muy elevados. Estos aspectos inhabilitan al Estado como actor central del manejo efectivo por razones de costo e indisponibilidad de recursos humanos suficientemente capacitados. Compatibilizar dinámicas públicas y privadas en el control y administración de riesgos conlleva una alta dosis de desplazamiento regulado del control a las corporaciones a través de varios mecanismos regulatorios vigentes hoy en día, pero con la innovada decisión de establecer sanciones penales en este nuevo ámbito de control. La posición actual es que este espectro contralor se moviliza entre los modelos de desregularización y la clásica regulación estatal. Un sistema de intervención mixto es lo que hoy conocemos como el sistema de la autorregulación²⁵⁸.

A. El sistema de la autorregulación absoluta voluntaria

El fenómeno de la globalización trajo consigo un crecimiento inusitado de las corporaciones a tal punto que el éxito de su funcionamiento depende de métodos de gestión y estructuras organizativas cada vez más complejas y difíciles de ser controladas por el permanente estado deficitario tanto económico como tecnológico para realizar el control tradicional. El retiro del Estado hacia otros mecanismos alternativos controladores de las empresas no obedece sino a un cambio de estrategia que significa seguir controlando las corporaciones desde adentro y no desde afuera, utilizando los recursos de la misma corporación y reduciendo costos a través nuevos procesos de carácter autorregulatorios.

La autorregulación es un sistema de autocontrol dinámico que se retroalimenta a sí mismo. Se fundamenta en la autonomía organizacional que tiene cada corporación para optimizar sus capacidades de organización interna en forma libre y voluntaria sin la injerencia de ninguna voluntad externa a la misma. La normativa interna se va perfeccionando en la medida que la actividad de

258.- COCA VILA, I. (2013:45).

la empresa pueda generar afectaciones a derechos de terceros, incluido el Estado. El interés genuino de las corporaciones de disminuir costes hace que adopten políticas de administración de riesgos que minimicen la comisión de infracciones al interno de las personas jurídicas.

La centralidad de este modelo radica en que "...hace referencia a aquellos supuestos en los que es la propia empresa la que se dota de un sistema de regulación interno, absolutamente al margen de los poderes públicos, esto es, sin que haya intervención pública alguna dirigida a fomentar, imponer o completar —directa o indirectamente— la autorregulación interna..."²⁵⁹

Existen dos modalidades que se desprenden del ejercicio de la autorregulación absoluta voluntaria. El primero tienen que ver con una tendencia a extremar el cuidado de las situaciones generadoras de riesgos desarrollando políticas más inflexibles, si cabe el término, que las exigidas por el propio Estado. El otro grupo se refiere a aquellos grupos normativos de naturaleza ética como son la adopción de Códigos de ética empresarial que permiten construir una imagen corporativa respetuosa del compromiso y responsabilidad social de la empresa para minimizar las afectaciones que su actividad podría desencadenar a lo interno y externo de la misma. Va mucho más allá que una simple operación de mercadotecnia y no simulaciones de mercadotecnia que de evidenciarse no sería más que un fraude organizado en función de maximizar las ganancias de la empresa a costa de dar una apariencia de manejo ético que no lo tiene.

B. El sistema de la meta regulación

Se caracteriza por la leve intromisión del Estado a través de la imposición de principios o pautas generales de comportamiento que por su generalidad y ambigüedad conminan a que las corporaciones desarrollen las especificidades en función de sus propias necesidades y particularidades. No es una imposición

259.- COCA VILA, I. (2013:46).

estricta de normativas públicas que las deben adoptar obligatoriamente al interior de las personas jurídicas sino, por el contrario, directivas generales y orientadores hacia donde debe apuntar la normativa interna de cada ente colectivo en muchos de los casos, va acompañado de políticas de incentivos de disminución de control o de sanción en los casos en que la organización interna de cada corporación haya adoptado y desarrollado estas directivas emanadas del Estado²⁶⁰.

C. El sistema de la autorregulación regulada o corregulación

Se refiere a los modelos en los que el Estado asume la iniciativa y el grueso del control regulatorio al que debe someterse la corporación en función de una política supervisión y vigilancia dirigido por el Estado. Es un sistema de control regulatorio corporativo por parte del Estado en el que las corporaciones desempeñan un papel de colaboración para el desarrollo de la normativa regulatoria. Existen variantes que van en función de la mayor o menor injerencia estatal en el ejercicio de la función controladora a la empresa.

Coca Vila nos refiere la existencia de tres modalidades en este sistema:

- a.- El Estado delega la facultad de regulación a la corporación pero se reserva la facultad de revisión, supervisión y sanción (delegated-self regulation);
- b.- El Estado transfiere la potestad de regulación, supervisión y sanción a la corporación pero mantiene la potestad de revisión de la normativa y de su ejecución (devolved self-regulation):

260.- COCA VILA, I. (2013:51). El autor concretamente cree que "... lo interesante es aquí que el Estado no regula, sino que crea incentivos para que sean las propias empresas que lo hagan, siendo que, en ocasiones, además trata de condicionar esa normativa interna a través de parámetros generales..."

c.- La elaboración de los sistemas de regulación es producto de un trabajo conjunto con las corporaciones para ganar en precisión y optimización del control de riesgos facilitando un intercambio de información que permitan trabajar en la elaboración de normativas más específicas e individualizadas en función de factores como por ejemplo aquellos relacionados con el sector, con la actividad, complejidad o tamaño, entre otros, de las corporaciones. Generalmente el método aplicado es la creación de mesas o grupos mixtos de trabajo integrado por representantes de los sectores a regularse o funcionarios estatales.

Los efectos positivos en la aplicación de este sistema es el involucramiento directo de las corporaciones en las políticas públicas del Estado hacia las cuales se deben direccionar los procesos de autocontrol de las personas jurídicas.

El sistema de autorregulación regulada y el problema de su legitimidad guardan una relación directamente proporcional. La mayor intervención del Estado en el diseño e implementación de la normativa reguladora de la corporación proporciona mayor legitimidad al modelo porque, de darse la situación contraria, la autorregulación absoluta carecería de efecto jurídico alguno en los procesos de determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque al tratarse de una mera atribución de carácter privado le restaría legitimidad a la hora de pretender sustituir al Derecho penal frente a la comisión de una infracción penal dentro de la corporación.

En relación con este punto, es determinante lo afirmado por Coca cuando dice que "...La mera asunción acrítica de lo normado internamente, aunque tuviera únicamente efectos derivados sobre la atribución de responsabilidad penal, supondría una quiebra intolerable del principio democrático y el consecuente derrumbamiento del Estado de Derecho..."²⁶¹ Es decir, anticipa que la cesión del Estado a las corporaciones de su potestad

261.- COCA VILA, I. (2013:53).

punitiva o la privatización del reproche penal a lo estatuido en las normas autorregulatorias de las empresas tendría efectos demasiado contraproducentes al objetivo y a los fines legítimos de intervención penal estatal en el control de riesgos generados por la actividad corporativa.²⁶²

Sin embargo, como lo anotamos en párrafos anteriores, debe buscarse un mecanismo de legitimación que vincule las consecuencias jurídicas de origen estatal con las normativas de la autorregulación. Esta solución sería jurídica y políticamente la más viable y tolerable porque guarda estrecha relación con los mecanismos democráticos de solución de los problemas generados y potenciales en la administración de riesgos provenientes de las actividades de las corporaciones.

III. SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN VIGILADA Y DISUASORIA

Sin embargo de lo anotado, los sistemas de control de un sistema de autorregulación es un asunto de una complejidad enorme. No es una tarea sencilla conseguir estándares de cumplimiento legal y de políticas criminales al interior de las corporaciones si es que se deja la tarea exclusivamente bajo el control de la voluntad de las personas jurídicas. González de León BERINI llega a las siguientes conclusiones luego de un estudio empírico realizado por SHORT y TOFFEL²⁶³:

262.- NAVAS MONDACA, I. (2013:124). Dice el autor, aludiendo a una cita de Bacigalupo, que Dice el autor, aludiendo a una cita de Bacigalupo, que "...la incorporación de reglas contenidas en los códigos de conducta provenientes de la autorregulación significaría "encomendar la ovejas al lobo" ya que se atribuiría al mismo sujeto que es fuente de potenciales peligros, la facultad de decidir la medida permitida de los riesgos creados por él mismo...".

263.- GONZÁLEZ DE LEÓN, B. (2013:79-83). "Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa". En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editio-

- 1.- Las estructuras de la autorregulación y los sistemas de cumplimiento legal son implementadas por las corporaciones de manera simbólica por razones que obedecen principalmente con las exigencias normativas internas y externas.
- 2.- Sin embargo se ha demostrado que los sistemas de co-regulación entre los estamentos estatales y las corporaciones privadas proporcionan mejores indicadores de cumplimiento y efectividad.
- 3.- Las corporaciones que como consecuencia de un control de cumplimiento han sido sancionadas mejoran sus estándares de cumplimiento de sus programas de autorregulación si es que se mantiene un constante seguimiento de vigilancia estatal.
- 4.- La presión permanente por parte de las instituciones estatales sobre el control y vigilancia, sea a través de las sanciones por incumplimiento o de la observancia permanente de los programas autorregulatorios, mejoran notablemente las probabilidades de cumplimiento de los programas o códigos de conducta. No se debe insistir en la aplicación de mecanismos de coerción y amenaza sancionatoria permanente porque a diferencia de la vigilancia persistente, la motivación de las empresas en los programas de cumplimiento, se debilitan notablemente.
- 5.- El éxito de los programas de cumplimiento no debe depender mayoritariamente de la voluntad institucional de cumplirlos sino de la actividad de vigilancia que realice la entidad estatal encargada de realizar esta actividad.

rial Atelier, (págs. 77-108). Este autor analiza como el paradigma de que la desregulación sin condiciones de las actividades financieras favorecía el libre mercado se ha destruido frente a la crisis financiera en los Estados unidos que termino afectando a toda la economía mundial. Menciona que todos los expertos recomiendan un mecanismo de autorregulación para el sector financiero que se aleje del control del Estado y del libre mercado.

- 6.- Que el Estado debe desarrollar un sistema institucional de tal naturaleza que se constituya en una política de permanente aplicación la vigilancia de los programas de autorregulación de las corporaciones: Solo eventual y subsidiariamente se recurra a coacciones y sanciones.
- 7.- En empresas con un largo historial de incumplimiento los procesos autorregulatorios con vigilancia y control estatal, es un sistema poco adecuado para imponer un control efectivo de cumplimiento de la legalidad.

En conclusión, de los varios autores invocados en este capítulo, las exigencias normativas son más eficaces si se la implementan utilizando esa compleja red de interrelaciones entre el Estado y las personas jurídicas, entre los sistemas de vigilancia estatal y las revisiones de cumplimiento que deben realizarse in situ, en el campo de las corporaciones, para verificar los niveles de cumplimiento de sus programas de autorregulación.

IV. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE PROGRAMAS

Más allá de la posibilidad de encontrar una definición única, todas coinciden en presentar a los Compliance Programs²⁶⁴ como un conjunto de normativas, decisiones, opiniones, reglamentos, directivas, prescripciones, que son tomadas dentro de la corporación por quienes la dirigen para verificar la realización de dos objetivos: el primero que se refiere a cumplir la normativa legal e incentivar el cumplimiento de la ley en todas las actividades

264.- AROCENA, G. (2017:158). "Acerca del denominado "criminal compliance" on called "criminal compliance"". En: Revista Crítica Penal y Poder 2017, n° 13, Octubre (págs. 128-145), Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos Universidad de Barcelona. Nos recuerda que "... el vocablo compliance proviene del verbo en inglés to comply with, que podría traducirse como "cumplir con", "de conformidad con". Sintetizando, se trataría de realizar lo que es jurídicamente debido...".

primarias y secundarias, propias y consustanciales a la persona jurídica. El segundo objetivo apunta a desanimar los deseos y las posibilidades de los socios y funcionarios del ente colectivo para obtener ganancias y beneficios fuera del marco de la legalidad y de la licitud²⁶⁵.

En términos de Dennis Bock literalmente el término *compliance* representa estados de conformidad o cumplimiento, lo que quiere decir que "...de acuerdo con esta forma de entender *compliance* significa en general fidelidad al derecho en lo que a mandatos y prohibiciones legales se refiere..."²⁶⁶

Conforme lo dicho hasta ahora damos por supuesto la existencia de una normativa legal y constitucional que rodea el funcionamiento y las actividades de una corporación. Este entramado jurídico de obligatorio cumplimiento para las personas jurídicas tiene un sistema sancionatorio que puede efectivizarse apenas se demuestre que la corporación no lo ha cumplido. Entonces el *compliance*, en términos generales, no son sino todas las medidas, disposiciones y políticas que la corporación desarrolla con el propósito de asegurarse que aquella normativa jurídica sea cumplida y acatada como institución y por cada una de las personas que trabajan en la misma. Estas previsiones normativas tomadas por la persona jurídica no solo deben evitar caer en extralimitaciones legales sino que deben autorregularse de tal manera que constituyan escenarios idóneos para el descubrimiento de las infracciones y la imposición de sanciones de ser el caso.

El ámbito de regulación del *compliance*, en los términos descritos, vendría a ser el campo del derecho laboral, ambiental, penal, tributario, medioambiental, etc. En este contexto el *compliance* en el ámbito penal, *compliance* penal, estaría integrado

265.- BALCARSE, F. y BERRUEZO, R. (2016:159). "Vriminal Compliance y personas jurídicas". Buenos Aires: Editorial IB de F.

266.- BOCK, D. (2013:107-121). "Compliance y deberes de vigilancia en la empresa". En: KUHLEN, I., MONTIEL, J.P. y URBINA GIMENO, I. (Editores): "Compliance y teoría del Derecho penal". Madrid: Marcial Pons.

por un cuadro normativo interno que hace posible la evitación de infracciones penales, que posibilita su descubrimiento, facilita las denuncias y propende la colaboración con las autoridades estatales para las sanciones que sean posibles²⁶⁷.

En resumen, el compliance program o programa de cumplimiento se traduce en la expedición por parte de la corporación de una serie de instructivos, directivas, protocolos, elaborados con el propósito de prevenir, detectar, subsanar, controlar, denunciar y expulsar las conductas ilícitas cometidas por todos quienes forman parte de una corporación. En este sentido, Balcarse y Berruezo concluyen que, en definitiva, "...el criminal compliance program es un plan de ejecución cuyo norte es satisfacer los requisitos legales internos y externos relacionados a las regulaciones contravencionales y penales de cumplir con la normativa penal nacional e internacional (adoptada por el estado) previniendo incurrir en la comisión de delitos y revelar los que se hayan cometido para ponerlos en conocimiento de la autoridad competente, o, en su caso, cuando se trata de regulación exclusivamente interna, imponerles la consecuencia jurídica pertinente..."²⁶⁸

A. Los Códigos de Conducta

Los dos grandes modelos de compliance son los modelos de vigilancia y el modelo del código ético.

267.- KHULEN, L. (2013:51)." Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho penal". En: KUHLEN, I., MONTIEL, J.P. y URBINA GIMENO, I. (Editores): " Compliance y teoría del Derecho penal". Madrid: Marcial Pons, (págs. 51-76). Khulen define sintéticamente al compliance como "... las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen. Entendido así en general, no es ni nuevo ni especialmente intrigante que exista compliance, ni que tampoco se trate con el de Derecho penal, es decir, evitar la violación de normas reforzadas con una pena..."

268.- BALCARSE, F. y BERRUEZO, R. (2016:161).

En este punto vamos a hacer un breve recuento de la significancia del modelo de Código ético o de conducta. Según Navas Mondaca, también se los conoce como códigos de buenas prácticas, aunque a su criterio el nombre correcto sería el de códigos de conducta, término más abarcativo, que incluye las buenas prácticas en el desarrollo de las actividades de la corporación y el cumplimiento de un conjunto de deberes para los integrantes de la misma. Caen más en el campo de la motivación para empleados y la corporación, en la consecución de sus fines y objetivos, antes que en simples recomendaciones para mejorar el ejercicio de las responsabilidades individuales.

Los códigos de ética son políticas generales de la empresa que delimitan los comportamientos permitidos y prohibiendo aquellos que estén al borde de incurrir en conductas de carácter penal.

Es decir, el ámbito de acción de los códigos de ética evidentemente debe ser anterior a las conductas que puedan tener relevancia penal. No son judicial o jurídicamente exigibles porque no caen dentro del ámbito normativo sino de lo estrictamente ético evidenciados a través de la declaración de principios, valores y compromisos que pretenden asumir las corporaciones en el desarrollo de sus actividades y que tienden a sintonizar con aquellos valores que son aceptados por la sociedad. Generalmente se expresan a través de procedimientos que los partícipes de una corporación, empleados, funcionarios o directivos, ejecutan conductas preestablecidas para poner en conocimiento del público o de las autoridades respectivas algún indicio de comisión de una falta o de una infracción que podría generar una responsabilidad social o normativa de la persona jurídica.

Tras de estos esfuerzos que las corporaciones realizan al incorporar como sello de sus actividades un código de conducta cuyo incumplimiento no implica reproche jurídico alguno porque pertenece al mundo paralelo de la ética que fue creado como una obligación adicional de la corporación por demostrar un grado de responsabilidad social mayor. Pero atrás se encuentra una

preocupación de la corporación de evitar voluntariamente caer en ciertas conductas que aunque no son ilegales ni nacen de una obligación jurídica puede generar pérdidas económicas y de prestigio en el mercado y en la estructura social.

En la actualidad, NIETO, cree que los códigos de conducta ejercen una función de apoyo al Derecho penal y a la formación de una cultura de fidelidad al Derecho. Dejaron de ser unas simples declaraciones pragmáticas para transformarse en imposiciones de carácter obligatorio con la amenaza de una sanción disciplinaria, o el despido del trabajador, en caso de inobservancia²⁶⁹.

B. El fenómeno de la irrupción masiva de los códigos de conducta

Los códigos de conducta se originan como consecuencia de la desconfianza en los directivos de las grandes corporaciones que acumularon mucho poder. Pero al mismo tiempo, como contraparte, provienen también de la confianza en la reparación de los daños producidos por los escándalos cometidos por las grandes empresas y corporaciones en los Estados Unidos²⁷⁰.

Son dos las fuentes identificadas que marcan el origen de los códigos de conducta. Por un lado por una exigencia de los organismos internacionales como la Cámara de Comercio internacional, la OCDE, la OIT, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por otro lado, la misma dinámica de las relaciones inter e intra corporativos que generaron códigos de entendimiento

269.- NIETO MARTIN, A. (2013i: 25). El autor resalta el carácter subsidiario de los programas de conducta porque asegura que "...La vigencia de las normas anticorrupción, de protección de la competencia o blanqueo de capitales no solo se garantiza a través del Derecho penal, sino a través de las sanciones que pueden ser incluso más temidas en ocasiones que las penales, como la pérdida del puesto de trabajo... Fomentar una cultura" de la legalidad en la empresa es imprescindible para que los sistemas de cumplimiento funcionen...".

270.- NAVAS MONDACA, I. ((2013:115).

to propios de las grandes empresas o de colectivos como los colegios de profesionales, por ejemplo

La quiebra de la compañía Enron marco el punto de inflexión junto a los escándalos financieros de las décadas de los noventa que canalizaron una fuerte presión internacional sobre las grandes corporaciones involucradas en estos fraudes financieros, en violaciones a derechos humanos, derechos laborales y ambientales, y que por evitar un deterioro de imagen e ingresos terminaron adoptado voluntariamente estas pautas de comportamiento ético como estrategia de superación de los problemas de prestigio²⁷¹.

NAVAS MONDACA²⁷² recoge los puntos mínimos del contenido que debería tener un código de conducta, estos son: Solución para casos en los que exista conflicto de intereses, corrupción/estafa, derecho de la competencia, la observancia de los derechos humanos, ética y protección de la discriminación, confidencialidad y protección de datos, contabilidad adecuada-ordenada presentación de facturas/presentación ordenada del balance, abuso de información privilegiada, seguridad en el tratamiento de la información, cumplimiento del derecho del medio ambiente, cumplimiento de normas de protección de la salud, normas de funcionamiento del gobierno corporativo, la función de la junta directiva, las responsabilidades de todo empresario, los derechos de los clientes. En Chile, por ejemplo, la respuesta empresarial fue contundente teniendo en cuenta lo difícil de la implementación de los modelos de prevención²⁷³.

271.- NAVAS MONDACA, I. (2013:116).

272.- NAVAS MONDACA, I. (2013:120).

273.- SIERRA LEWIN, S. (2015:413. Sierra nos comenta que en Chile "... las certificaciones de los modelos de prevención se convirtieron en la forma de analizar, con una rápida mirada, que tan implementado estaba el combate activo a la corrupción en las empresas chilenas. El crecimiento ha sido más bien lineal; hasta marzo del 2017, cerca de los 165 grupos de empresas cuentan con un certificado vigente. Esto equivale a un poco más de 700 empresas jurídicas que representan alrededor del 30% de las empresas más grandes de Chile...". Incluso, dice Sierra, hubieron univer-

El punto fundamental de los códigos de conducta es la exigibilidad por el grado de vinculación con la persona jurídica. Como tienen la característica de ser auto regulatorios y voluntarios la importancia de su cumplimiento tiene relevancia casi exclusiva en el ámbito laboral disciplinario y hasta administrativo. Sin embargo, al ser parte de los programas de cumplimiento, los códigos de conducta constituyen el referente sobre el cual se diseña un programa de prevención porque recogerían los principios, normas y valores que dan lugar a una cultura de cumplimiento de la corporación²⁷⁴. Navas Mondaca, al referirse a los códigos de conducta, dice: "...La persona jurídica al no poseer uno demostraría un déficit de autorregulación, un defecto permanente de organización empresarial debido a la falta de adopción de medidas para prevenir la comisión de conductas delictivas por las personas físicas que actúa bajo la protección de la persona jurídica..."²⁷⁵

V. MODELO DE VIGILANCIA

El modelo de vigilancia (criminal compliance) tiene la característica de ser invasivo de la privacidad de los empleados y funcionarios con medidas que no descarta el empleo de cámaras de video vigilancia en todas las actividades y en todos los lugares de la corporación, la interceptación de llamadas en la empresa, el acceso secreto a los correos electrónicos, llamadas telefónicas, bases de datos y correos privados dentro de la infraestructura informática de la empresa.

Puede emplear especialistas en la elaboración de perfiles criminológicos de los empleados y funcionarios de la institución, así como la elaboración de mapas de riesgos que terminen ejerciendo un mayor control social dentro de la corporación pero con una dudosa legitimidad en relación con los derechos de los trabaja-

sidades interesadas en lanzar diplomados en Compliance como la Universidad Adolfo Ibáñez, la Universidad Católica de Chile.

274.- NAVAS MONDACA, I. (2013:122).

275.- NAVAS MONDACA, I. (2013:123).

dores, especialmente. Es un modelo que actúa bajo los límites de la legalidad porque pone en peligro el derecho a la intimidad, el secreto a las comunicaciones, el derecho a la protección de los datos personales, entre otros.

Por tanto la opción son los modelos de prevención y no de vigilancia porque aquellos se enmarcan dentro de una política de respeto a los derechos de las personas que trabajan en la corporación.

A. El compliance en el ámbito penal

Los compliance en materia penal tienen tantas denominaciones como autores que escriben sobre este punto. Conocidos como procesos de regulación, códigos de conducta, programas de prevención, criminal compliance, programas de cumplimiento, compliance program, estándares de conducta, programas de autorregulación, pautas de comportamiento o procedimientos de actuación, entre otros, programas de cumplimiento normativo, cualquiera que sea la denominación que empleamos, no se refieren sino a un conjunto normativo autoimpuesto al interior de las corporaciones como respuesta a procesos de autorregulación, y que deben alinearse con ciertas exigencias jurídico-penales. Nosotros creemos que la denominación correcta es el de compliance penal entendido como un conjunto estructurado de normas que garantizan fidelidad al ordenamiento jurídico y dirigido a la evitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁷⁶. Son medidas que la corporación se encuentra en la obligación de implementarlas orientada a la disminución de riesgos que puedan genera responsabilidad penal por los actos cometidos por sus empleados y administradores.

Se refieren a un conjunto de reglas básicas de cumplimiento y de actuación frente a un hechos determinado que se produce en el seno de la corporación, cuyos efectos desbordan el carácter privado característico de las actividades productivas y organiza-

276.- BOCK, D. (2013). BOCK, D. (2013:112).

cionales hasta alcanzar la esfera de lo público y social, al punto de constituirse en un referente del sistema jurídico a la hora de determinar la responsabilidad empresarial²⁷⁷.

B. Objeto del compliance penal

El compliance no pretende adoptar formas de control y vigilancia estatal dentro de la corporación al punto de constituirse en un sistema violento con los derechos de las personas vinculadas a la actividad empresarial. Se prefiere una implementación de cumplimiento a largo plazo y no un control individualizado o personal. La disminución al mínimo de la predisposición para delinquir es la prioridad. En este sentido Feijoo cree que "...una adecuada comprensión del compliance no debe tener como referencia la asunción de funciones policíacas del Estado para la colaboración en la detección de delitos, sino más bien un desarrollo de la actividad empresarial de conformidad con lo prescrito con el Derecho..."²⁷⁸. Aspecto que descarta la asunción del papel de garante que el Estado pretende imponer a las Empresas como agentes policiales de prevención del delito porque sus funciones son otras y diferentes.

No son agentes en franca y directa colaboración con las políticas criminales del Estado, diferente al self policing que propone Nieto Martín²⁷⁹ bajo el discutible argumento de que la corporación

277.- NAVAS MONDACA, I. (2013:112).

278.- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016:78).

279.- NIETO MARTIN, A. (2013:3). "El Derecho penal Económico en la era del compliance". Madrid: Editorial Tirant lo Blanch. La diferencia es radical porque Nieto propone estatizar la seguridad interna de cada corporación en la que la Empresa asume la calidad de garante policíaco de la seguridad corporativa. Dice "...De lo que se trata en todos estos casos, y este es una idea fuerza que debe tenerse en la cabeza, es de exigir de las empresas que, en cierto modo, asuman una tarea pública, y que se autorregulen con el fin de ponerse al lado del Estado en la tarea de controlar nuevos riesgos, proteger accionistas, o consumidores o evitar hechos delictivos. La responsabilidad de las personas jurídicas se enmarca así dentro de un nuevo pacto entre Estado y poder corporativo, donde a cambio de los

se encuentra en una posición más ventajosa que el Estado para controlar los delitos al interior de las mismas.

AROCENA²⁸⁰ nos recuerda que dentro del plano jurídico – penal el término *compliance* penal se lo utiliza para referenciar las actividades que realizan las corporaciones para establecer mecanismos preventivos que impidan que personas físicas dependientes de aquella cometan un delito en beneficio del ente colectivo. De inobservar estos mecanismos existe la posibilidad de responsabilizar penalmente tanto a las personas físicas que cometieron el delito como a la misma empresa. Por tanto, la adopción de los programas de cumplimiento tiene como objetivo claro que las reglas y la normativa sean cumplidas por todas aquellas personas que conforman la corporación y que, consecuentemente, funcionen los mecanismos de alertas y denuncias para la prevención o el castigo de las acciones delictivas.

El funcionamiento de los mecanismos preventivos son indicativos que derivan en la irresponsabilidad penal de la persona jurídica o en la atenuación de la pena en el evento de existir delitos, por la adopción de un programa de cumplimiento. Este programa tiene las características anotadas de ser generalmente escrito, de carácter voluntario, autoimpuesto, que contiene normas internas de prevención.

beneficios derivados de la responsabilidad limitada y de la cada vez mayor libertad económica, este se compromete al cumplimiento de determinados fines públicos. Si este nuevo pacto se contempla desde una perspectiva global, o mundial, se evidencia con claridad que la responsabilidad de las personas jurídicas forma para del buen gobierno global, de la global governance. Desde el punto de vista empresarial, las nuevas responsabilidades públicas representan de algún modo el colofón de la denominada responsabilidad social...”.

280.- AROCENA, G. (2007). “Acerca del denominado “Criminal compliance”. En: *Revista Crítica Penal y Poder*, N. 13 de octubre del 2007, págs. 128 a 145, Observatorio del sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona. Recuperado del sitio: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19320/23300>

Concordamos con Adán Nieto²⁸¹ cuando menciona que la mayor parte de los programas de cumplimiento aplicados constituyen un conjunto diverso de normativas empresariales internas en las que aquellas relacionadas con el campo penal, llegaron tarde o al final. Esto tiene su razón porque la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas accede a que los programas de cumplimiento sean incorporados como criterios legitimadores de una organización correcta y eficiente. La adopción de una serie variada de mecanismos de prevención del crimen puede llevar a excepciones de culpabilidad empresarial, a la atenuación de penas y/o a la reducción significativa de las sanciones.

No se puede exigir la incorporación de un criminal compliance adicional porque no es necesario en razón de que no son normas penales internas las que se deben incorporar sino mecanismos de control que son los mismos del sistema en general. Es decir, un programa de cumplimiento penal no tiene otro objetivo que dotar de mecanismos eficaces de cumplimiento de la normativa regulatoria incluyendo las provenientes de los afluentes principales. En este particular sentido, NIETO MARTÍN asevera que "...el objetivo del compliance no es evitar ser castigadas por un delito contra el medio ambiente, sino cumplir con la legislación medioambiental..."²⁸²

C. ¿El compliance como un desplazamiento del sistema penal hacia las empresas?

KUHLEN²⁸³ afirma que el compliance representa el esfuerzo del Estado para desplazar las potestades del sistema de justicia penal hacia las corporaciones a través de las tareas de la autorregulación, que representa un criterio de alejamiento de las soluciones criminales ofrecidas por la dogmática penal tradicional. Por ejemplo, ya no son los individuos los interlocutores válidos

281.- NIETO MARTÍN, A. (2013i: 27).

282.- NIETO MARTÍN, A. (2013i:27).

283.- KHULEN, L. (2013:66-67).

frente al sistema penal, son las empresas o corporaciones sobre las cuales el Estado despliega una serie de medidas orientadas a mantenerlas bajo control y ejecutando conductas deseables para el Estado. En Europa, según el mismo autor, las sanciones más drásticas y numerosas en este campo son las impuestas a las personas jurídicas. Además se impone la lógica del control cuando la amenaza de la sanción por la no adopción de los compliance conduce al razonamiento que reafirma la necesidad del Estado de que las corporaciones adopten un determinado programa de cumplimiento, no cualquier programa, sino el impulsado por el Estado.

Administrar los riesgos de esta forma impone un alineamiento de las corporaciones hacia la adopción de roles estatales de control de las infracciones al interior de las mismas como estrategia del Estado para minimizar costes y tiempo de implementación y en este sentido se inserta el compliance penal como una forma de autorregulación amparada por la ley.

KUHLEN²⁸⁴ cree que en países como Alemania se forma un compliance entre grupos de empresas pertenecientes a un determinado ramo con el fin de desarrollar programas de autocontrol que eviten responsabilidades penales. Programas de compliance externos a las corporaciones que se entrelazan con los compliance internos a cada una de ellas y que los supera. De tal forma que compliance y Derecho penal están interrelacionados desde hace mucho tiempo en razón de que el Estado no es suficiente para cubrir todos los ámbitos de potenciales escenarios infraccionales. Por ello ha tenido que confiar en otras instituciones y cuerpos normativos la configuración de lo prohibido por la ley penal, por ejemplo, el instituto de normalización, las instituciones municipales de higiene o las normas de las instituciones estatales medioambientales, entre muchas otras.

284.- KHULEN, L. (2013:69). Kuhlen explica el caso de la Industria Farmacéutica (FSA) afiliadas a un código llamado Kodex-FSA que es aplicado por una jurisdicción propia creada por ellos, como un mecanismo de prevención pre-procesal penal. Tienen su propio boletín oficial, sus propios tribunales y sus propias sanciones

La existencia de una justicia de la empresa existe desde hace mucho tiempo, afirma Kuhlen. Existe una evidente producción normativa al interno de la empresa dirigida a los trabajadores y que tienen repercusiones de validez en el derecho público, tal es el caso de sanciones vinculadas con el Código de Trabajo y con la institución del despido intempestivo, de las multas y del deber de sancionar similar y paralelo al Derecho penal. En esta última materia existen normas que se asemejan a un proceso previo a la imposición de las sanciones, con un respeto mínimo a los derechos y garantías constitucionales similares a los utilizados en materia penal.

El mismo autor indica que el derecho interno de la corporación permite sancionar delitos dentro de la corporación, como es el caso de los pequeños delitos de hurto cometidos en la empresa. Alrededor de este tipo de infracciones existen procesos investigativos que se asemejan a los acuerdos reparatorios, en este caso, entre la empresa y el trabajador investigado puesto al descubierto, para que bajo ciertas condiciones salga de la empresa; lo que nos pone en evidencia la existencia de reglas adjetivas paralelas que en determinados casos hace innecesario el proceso y la pena estatal.

Concordamos con KHULEN en que "...se vuelve necesario encontrar un equilibrio entre las necesidades de una investigación de la verdad eficiente y las limitaciones de la libertad individual. La búsqueda de ese equilibrio se ubica en el centro del Derecho procesal penal. La mirada comparativa hacia el proceso penal puede contribuir a identificar los problemas que se suscitan aquí y las posibilidades para solucionarlo..."²⁸⁵

De todas maneras es imposible pensar que el desplazamiento del Derecho penal al interior de las corporaciones sea una mejor

285.- KHULEN, L. (2013:73). El autor pone como ejemplo la atención que debe darse a las entrevistas a los trabajadores dentro de la Empresa a fin de que se la realicen con todas las garantías que se exigen en el proceso penal.

medida con posibilidades de asegurar la aplicación y el respeto a los derechos y garantías establecidos en la ley material y procesal penal formal. Las actividades sustitutivas o subsidiarias de la ley penal en lo interno de la empresa están cobijadas por el manto de los intereses y conveniencias privadas dejando de lado peligrosamente el interés público que eventualmente puede estar en juego en relación al conflicto que se pretenda solucionar.

D. Efectos del compliance penal

La orientación en la implementación de los programas de cumplimiento viene dada por la urgencia en la optimización organizacional de la empresa frente a retos impuestos por la propia dinámica comercial y por la reorientación en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos en su seno²⁸⁶. La irrupción moderna de los programas de cumplimiento responde a diferentes urgencias y necesidades, desde escalar en las tablas del prestigio institucional hasta anular posibilidades de juicios penales que vengan a constituirse en factores riesgo para la existencia misma de la corporación²⁸⁷.

286.- NEIRA PENA, ANA. M. (2016). "la efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal". En Polít. Crim. Vol. 11 No. 22. Cielo. Santiago. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992016000200005&script=sci_arttext. En este artículo la autora define con cierta precisión los requerimientos básicos para la adopción de un programa de compliance. Exige "...la adopción de un programa de prevención de delitos eficaz, exige, en primer lugar, que se identifiquen las actividades en cuyo ámbito podrían cometerse los delitos a prevenir (arts. 6.2.a) D. Lgs. 231, 31 bis 5. 1° CP y 4°3) a) Ley 20.393). De esta prescripción legal se deriva la necesidad de desarrollar una labor de análisis y evaluación de riesgos, a través de la cual se confeccione un mapa de riesgos delictivos, en el que se cataloguen los delitos que podrían cometerse en el desarrollo de la actividad de la organización y se valore su probabilidad de comisión en los distintos subprocesos de la entidad, así como el impacto y las consecuencias de que, eventualmente, tal infracción penal llegue a cometerse..."

287.- SIERRA LEWIN, S. (2015:414). Este autor menciona que verdaderamente novedoso de la ley chilena de responsabilidad penal de las corpo-

El objeto regulatorio de los programas de cumplimiento tienen que ver con los conceptos de: "... responsabilidad social corporativa; a los valores, principios y ética de la empresa, así como al de buen ciudadano corporativo..."²⁸⁸ al amparo de los cuales la corporación desarrolla no solo una actividad normativa interna concreta sino una actividad de control y verificación efectiva de los códigos de ética o de conducta para que no se constituyan en simples aspiraciones eventualmente cumplibles o políticamente no realizables.

La adopción de un código de cumplimiento conlleva el compromiso voluntario asumido por la corporación para dirigir conforme a éste todas las actividades internas y externas que realiza la institución dotándole de un entorno normativo escrito que incentive el fiel cumplimiento de la ley y el derecho en ambientes llenos de transparencia del funcionamiento y la gobernabilidad de la empresa, frente a sus empleados, socios, frente a la sociedad y al Estado. Incluso se asume como una concepción que desborda los ámbitos limitados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, un programa de cumplimiento reporta mayores beneficios económicos a las corporaciones por la confianza que generan en el mercado, por una mejor posición a la hora de calificar para créditos de parte de bancos privados o instituciones financieras internacionales. Las prefieren cuando de formar alianzas estratégicas internacionales se trata porque su capacidad de prevención de delitos y cumplimiento ético constituye el plus que los coloca en una posición de ventaja estratégica²⁸⁹.

raciones era la introducción del concepto de "certificación de los modelos de prevención de delitos" porque no había parámetros de referencia anteriores como las ISO, por ejemplo.

288.- NAVAS MONDACA, I. (2013:114).

289.- ONTIVEROS, M. (2015:23). "El compliance en materia Penal? (A propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales). En: GARCÍA RAMÍREZ, S. y GONZÁLEZ MARISCAL, O. (coordinadores): "El Código Nacional de procedimientos penales". México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

El programa de cumplimiento se ha constituido en un documento cuasi-legislativo, nos dice Navas Mondaca, porque el gran desarrollo tecnológico ha generado innumerables problemas jurídicos de difícil solución y que han sido solucionados recurriendo a los códigos de conducta antes que a procesos judiciales demasiado lentos y costosos. Adán Nieto²⁹⁰ va más allá y afirma que la autorregulación empresarial se ha constituido en un sistema de "enforcement autónomo" que permite medir el nivel de cumplimiento de una empresa con la que se va asociar o adquirir. Incluso el Banco Mundial, el Banco Europeo de Inversiones, y otros organismos internacionales exigen la adopción de medidas de autorregulación para el control de la corrupción como requisito previo a ser calificado como beneficiario de algún crédito.

En este sentido, los programas de cumplimiento se asemejan, dice Adán Nieto, a un gran río en el que confluyen numerosos tributarios, dependiendo del tamaño de la empresa. Así tenemos varios afluentes:

El primer gran afluente es la prevención de riesgos laborales, blanqueo de capitales, abuso de mercado.

El segundo afluente es el gobierno corporativo. La idea es que exista un gobierno corporativo balanceado y que no genere abusos ni extralimitaciones de poder. Se requiere un sistema democrático de contrapesos al interior.

El tercer gran afluente son cierres éticos que permitan un control y lucha contra la corrupción, contra las prácticas restrictivas de la competencia. Han evolucionado de normas programáticas a normas de obligatorio cumplimiento para los funcionarios internos de las empresas. En este ámbito entra el concepto de responsabilidad social corporativa que en la actualidad no se refiere sino a la exigibilidad del cumplimiento a la ley.

290.- NIETO MARTIN, A. (2013i: 21-48): "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal". En: KUHLEN, I., MONTIEL, J.P. y URBINA GIMENO, I. (Editores): "Compliance y teoría del Derecho penal". Madrid: Marcial Pons, (págs. 21-48)

Un cuarto afluente es la auditoría interna para la detección de fraudes internos e inobservancias a las normas de control. Se exige análisis de riesgos, actividades concretas de control orientadas a materializar políticas de prevención y detección de conductas ilícitas.

Otro afluente que debe mencionarse se refiere a la certificación de estándares de calidad, como son las normas ISO, UNE, DIN, como es el afluente de los riesgos tributarios, blanqueo de capitales, abuso del mercado, principio de libre competencia, mercado de valores, mercado financiero, problemas ambientales, corrupción, etc. sobre los que la corporación deben administrar los riesgos mediante controles internos y una serie de manuales y procedimientos dada la diversidad de las fuentes de peligro²⁹¹.

VI. El compliance penal y los presupuestos de eficacia procesal
Un programa de cumplimiento serio debe ser fruto de un complejo proceso de observación y análisis que debe ser realizado por expertos en la materia. De su profundidad y efectividad depende el carácter exculpatório o atenuante de la pena en los procesos de responsabilidad corporativa.

Dentro del proceso penal la persona jurídica deberá demostrar que cuenta con un conjunto normativo interno traducido en manuales, protocolos o guías escritas producto de la realización de múltiples diagnósticos y estudios sobre la realidad empresarial y nacional. Deberá dejar constancia que además cuenta con datos actualizados, revisados y analizados integralmente, que sean conocidos o se haya difundido para el conocimiento de todos los miembros de la corporación a través de capacitaciones

291.- KHULEN, L. (2013:63). El autor resalta además un aspecto que a no pocos autores se les olvida y es que "...el compliance ha modificado considerablemente la cultura empresarial en Alemania, tanto para bien (perfeccionamiento en el cumplimiento de las normas) como para mal (incremento de la burocratización)...". Sin embargo el mismo autor afirma que pese a ello las empresas están más decididas a invertir más en programas de compliance que en estructurar un departamento de asesoría jurídica y/o de auditoría con los que solucionaría todos los problemas.

planificadas, técnicamente dirigidas y evaluadas; y que además el compliance program sea dirigido por una persona neutral responsable que supervisa el cumplimiento del mismo.



CAPÍTULO II

EL COMPLIANCE PENAL

Y LOS PRESUPUESTOS DE EFICACIA PROCESAL

A. Utilidad probatoria del compliance

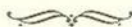
Según ONTIVEROS²⁹² para que un compliance penal tenga utilidad probatoria en un proceso penal en contra de una persona jurídica debe reunir las siguientes características que las resumimos de la siguiente manera:

- 1.- Elaboración de un diagnóstico institucional que incluya la detección y la inmediata eliminación del riesgo identificado. No se trata de un simple cumplimiento de formalidades y de formatos que no han sido socializados y que simplemente se los ha realizado sobre la base de información no verificada. Además pueden existir la normativa auto regulatoria pero que muy pocas veces los empleados tienen conocimiento de ella y simplemente son letra muerta o devienen en una normativa ignorada e incumplida por los funcionarios de la corporación. En otras palabras, cada empresa genera sus propios riesgos de acuerdo al tipo de corporación que se trate. Por ello no caben formatos estandarizados porque incluso en empresas que se dedican a la misma actividad las circunstancias cambian y no pueden ser las mismas para todas.
- 2.- El diseño de un conjunto finito de normas, reglas y protocolos de auto regulación.

292.- ONTIVEROS, M. (2015:142).

- 3.- Efectivizar un plan de capacitación y evaluación periódica de todo el personal de la empresa, sean directivos, trabajadores, funcionarios, socios y dirigentes.
- 4.- La configuración de un mecanismo idóneo de denuncias interno y externo;
- 5.- Diseño y configuración de un sistema de supervisión y sanción a cargo del oficial de cumplimiento o del responsable de la ejecutoriedad del compliance. El oficial de cumplimiento dista mucho de ser un simple funcionario - empleado de la corporación. No está sujeto a las órdenes y disposiciones de los directivos de la misma. El oficial de cumplimiento es un garante que tiene obligaciones y deberes jurídicos por los que responder. La omisión de vigilancia y de denuncia, por ejemplo, puede acarrearle responsabilidades penales, si en estas circunstancias ocurre; la comisión de un delito en la empresa en la que ejerce dicha función. Delitos como aquellos en contra de la eficiente administración del Estado: peculado, concusión, cohecho y otros como el tráfico de influencia o el lavado de activos o aquellos que se manejan en el amplio campo de acción de la corrupción, por ejemplo.

Si bien es cierto que los compliance tienen la virtud de constituirse en los elementos estructurales que pueden generar una administración eficiente, también es cierto que "... su fin último es salvaguardar al ente colectivo de los procedimientos penales que pudiesen iniciarse en su contra por la probable comisión de un delito, y en caso de instaurarse alguno, acreditar que el ente colectivo ha cumplido con los requisitos establecidos por el sistema penal para poder quedar excluida de responsabilidad. Con palabras de Bock: "criminal compliance significa, en concreto, eliminar los riesgos de una imputación penal". Esto, como resulta obvio, es tarea de un abogado penalista..."²⁹³.



293.- ONTIVEROS ALONSO (2015:144)

CAPÍTULO III

PREVISIONES PROCESALES PARA UN COMPLIANCE BASADO EN EL MODELO RESPONSABILIDAD PENAL POR HECHO PROPIO EN ECUADOR

I. IDEAS GENERALES PARA EL DISEÑO DE UN COMPLIANCE APLICABLE COMO EXIMENTE O ATENUANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ECUADOR.

A. Compliance y la responsabilidad penal de la persona jurídica

Debe ser un programa que tenga como objetivo central no solo la existencia de una estructura preventiva, de detección y de denuncia de las infracciones penales a las autoridades públicas, después de cometido o incrementado un riesgo para los bienes jurídicos amparados por la ley, sino que además importe una actividad institucional que propenda la fidelidad al derecho²⁹⁴. Pero agregaría otro objetivo, constituir a los programas de cumplimiento como elementos eximentes o de atenuación de la RPPJ orientados a validar o legitimar la relación existente entre la capacidad autorregulatoria privada y la potestad estatal de control corporativo. En otras palabras, debe superar la duda sobre si el compliance program es o no objeto de prueba en la determinación de responsabilidad penal corporativa en un modelo de responsabilidad propio propuesto antes en términos generales.

294.- COCA VILA (2013: 54). Es muy claro este autor al resaltar que el compliance no solo debe implementarse para evitar riesgos provenientes de las conductas de los trabajadores sino también de los dirigentes para que cumplan con los mandatos y prohibiciones jurídico-penales, su descubrimiento y sanción.

Debemos insistir en la idea de la no existencia de compatibilidad entre el sistema de imputación vicarial y el compliance como instrumento explicativo de la responsabilidad penal corporativa. Por el contrario, si utilizamos el modelo de responsabilidad corporativa por hecho propio los programas de cumplimiento vienen a constituirse en el insumo principal del proceso penal de imputación a la organización. Utilizando ciertos elementos del modelo planteado por Nieto²⁹⁵ que tiene la característica de insertar el sistema de compliance en el sistema de responsabilidad penal propio para las personas jurídicas, el modelo propuesto debería tener en cuenta los siguientes puntos:

1. Un modelo de responsabilidad más internacional y aceptable

Las categorías del delito tienen su fuente en la dogmática penal alemana, que no es muy extendida en todo el mundo y más bien tienen una cobertura muy restringida. Por ello, NIETO²⁹⁵ sugiere que hay que tener muy en cuenta que las estructuras productivas y financieras de las corporaciones tienen cada vez más connotación internacional y transfronterizo, regidas por distintos ordenamientos jurídicos, dada la multiplicidad de procesos que constituyen la cadena de desarrollo de las actividades productivas o de servicios prestados por la organización. Centrarnos en modelos particulares y que no responden a las líneas generales trazadas por el Derecho comparado en Europa y en Latinoamérica, no nos serviría de mucho para futuros desarrollos dogmáticos que los vayan perfeccionando.

2. Programas de cumplimiento orientados a la prevención

Entendamos que un programa de cumplimiento tiene dos modalidades que pueden adoptar las corporaciones, cada una con consecuencias diferentes: los jueces deben, en primer lugar, comprender los alcances del programa de cumplimiento para,

295.- NIETO MARTÍN (2013i: 36).

296.- NIETO MARTÍN (2013i: 20).

de acuerdo con ello, determinar el grado de eficacia en el control preventivo de las infracciones. Como ya anticipamos, existen dos grandes modelos de compliance: los modelos de vigilancia y el modelo del código ético.

El modelo de código de conducta o ético se estructura sobre una base de medidas normativas de carácter preventivo orientadas a generar sentimientos solidarios y un ambiente propicio para el desarrollo de una conciencia ético social de los empleados y funcionarios de la persona jurídica a través del proceso formación constante dentro de la corporación. El control debe realizarse permanentemente a través de la verificación de la aplicación de ciertas regulaciones, de ciertos principios y de valores que identifiquen todas las actividades que desarrolla la empresa, como es, por ejemplo, la contratación de personal, el tipo de proveedores, la atención al cliente, etc.

En consecuencia, dentro de un modelo de valores éticos, lo recomendable en la denuncia de los actos irregulares es que no debe ser anónima sino reservada. La confidencialidad en la denuncia denota una orientación por el cultivo de valores que a diferencia del anonimato no da lugar a posturas abusivas de autoridad que termina prefiriendo el control por el control. Esta especie de cívica corporativa prefiere la confidencialidad antes que el anonimato para alejarse de prácticas colaboracionistas con aquellos regímenes autoritarios que terminaron convirtiendo a las empresas en centros ilegales de obtención de información y delación utilizada para procesos persecutorios en contra de empleados y funcionarios de las organizaciones jurídicas.

Un sistema de control con orientación a los valores concibe a las sanciones como un asunto de mínima intervención y de última instancia, con el máximo respeto a las reglas del debido proceso, con penas proporcionales y segundas oportunidades apostando por sanciones que estén individualizadas. No son solo modelos de prevención de delitos sino que su implementación debe tener efectos que vayan mucho más allá de la línea preventiva penal y

adquiera otras connotaciones ligadas a la construcción de culturas ético legales en el desempeño corporativo²⁹⁷.

3. Consenso y programas de cumplimiento basado en valores

Lo que no significa desconocer la influencia de los directivos de la misma. Esto con el objeto de generar códigos de comportamientos que no sean la expresión de los intereses unilaterales del empleador o de los directivos, ni producto de la imposición de voluntades en desmedro de los intereses y los derechos de los trabajadores que podrían verse muy afectados. Judicialmente, presencia de un código de comportamiento con índices bajos de credibilidad y confianza.

Igual tratamiento debería darse a la elección de los órganos de vigilancia. El modelo constructivo de valores generalmente debería tener representantes de los trabajadores y empleados para ganar legitimidad y credibilidad. Los modelos de vigilancia suelen estar constituidos por representantes exclusivos de los empleadores o directivos de la corporación, muy lejos de la necesidad de independencia que deben caracterizarlos para que el programa sea viable y efectivo.

La importancia de un sistema más democratizado y abierto a la hora del diseño y la implementación de los programas de cumplimiento tienen repercusiones importantes a la hora de emplearlos como elemento de descargo en los procesos en los que está en juego la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En

297.- SIERRA LEWIN, S. (2017:420). Dice Sierra que "...esa cultura debe ser forjada a través del hábito, cosa que solo se logra alineando los incentivos de cada individuo. Por ejemplo, si se premia a las personas solo por obtener más clientes o incrementar la participación de mercado de la compañía, se generan razones para conseguir estos objetivos a cualquier precio. Por lo tanto es deber de las mismas organizaciones establecer el camino que deben seguir sus empleados para lograr los objetivos de la institución, poniendo énfasis en el cómo en el lugar del qué, vinculando la rectitud de los medios a los incentivos dados..."

este sentido, NIETO MARTÍN recalca "...que un programa de cumplimiento basado en estas ideas supondría una respuesta adecuada a los problemas de legitimación que desde siempre arrastra la autorregulación empresarial y que, sin duda alguna, conseguirán una mayor adhesión de los empleados a los valores y política de la empresa y...la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sin un incremento de la legitimidad de las decisiones empresariales y de la accountability de sus responsables...".

B. Exigencias procesales para la incorporación del compliance en el proceso penal ecuatoriano

1. El compliance y el sistema vicarial

En nuestro caso, la incorporación del compliance como objeto de prueba dependerá de la valoración que éste adquiera dentro de la normativa procesal penal interna para determinar la responsabilidad penal de las organizaciones jurídicas.

En el actual sistema vicarial extremo quien haya adoptado un compliance preventivo aplicado a la corporación, nos atrevemos a decir, ha perdido su tiempo si piensa obtener algún tipo de beneficio o benevolencia procesal a la hora de la imputación penal en contra de la persona jurídica.

Es un acto que resulta intrascendente para efectos de valoración probatoria en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No constituye objeto de análisis ni de estudio y la incorporación probablemente podría eventualmente ser tomada en cuenta por el juez penal para elegir una pena modulada dentro de los parámetros de referencia que le otorga el mismo COIP, según sea el tipo de delito cometido.

Esto es verdad porque el proceso penal que se inicia en contra de la persona física versa sobre la actuación típica, antijurídica y culpable del individuo infractor sin importar si su conducta es-

tuvo enmarcada o no dentro de un sistema autorregulatorio o de prevención penal, en razón que la adopción del compliance no lo hace la persona física a título personal sino que es un acto corporativo, propio de una voluntad organizacional que no está en juego ni es revisable dentro del proceso penal.

Pero si tenemos un régimen de responsabilidad propia de las corporaciones, que se propone en estos capítulos finales, la existencia de los programas de compliance resulta por demás determinante a la hora de la imputación penal porque su existencia efectiva supone que la empresa ha emprendido tareas de supervisión, vigilancia y control de todos sus funcionarios y trabajadores para realizar sus actividades dentro del marco de riesgos permitidos por la legislación interna y externa, lo que significa que la organización ha adoptado una política de prevención de delitos.

Es decir, la existencia del compliance penal a lo interno de la corporación puede significar una posible causa automática de exclusión, exoneración y atenuación de la responsabilidad. Lo determinante, dice NEIRA PENA, "...para decidir sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el efectivo cumplimiento de los deberes de supervisión y control sobre sus actividades, sin perjuicio de que la existencia de tales programas preventivos sirva para protocolizar o formalizar tales controles y, por ende, como indicio de cumplimiento..."²⁹⁸.

2. El compliance debe estar documentado

La idea que se concreta deviene de tener en cuenta que la existencia del compliance no puede constituirse en un muro de protección de la persona jurídica ante la eventualidad de ser responsabilizada penalmente frente a la comisión de una infracción penal, porque resulta forzado presumir que existen medidas eficaces de prevención por la evidencia escrita de un programa de cumplimiento —o compliance—.

298.- NEIRA PENA (2017: 283).

De allí que, en caso de existir un compliance, debemos concretar la forma en que este programa de prevención debe ser admitido en el proceso penal. Lo primero que se nos ocurre, para que sea un aporte probatorio, es la presentación por escrito del programa implementado, debidamente certificado y aprobado por las autoridades administrativas internas y del Estado, de ser necesario e indispensable. El documento debe contener todos los mecanismos, actualmente estandarizados, sobre su funcionamiento, implementación y de retroalimentación²⁹⁹.

La prueba de la existencia formal del documento de compliance debe estar obligatoriamente acompañada de la prueba de verificación de la efectividad del mismo en el funcionamiento de la corporación. El otorgamiento de la calidad de atenuante a los programas de cumplimiento no se sustenta en declaraciones o discursos declarativos y teóricos sino del seguimiento documental o digital de la actividad del compliance.

En otras palabras, la constancia del funcionamiento de los programas de cumplimiento debe estar debidamente documentados y registrados por las evidencias y constataciones diarias de los diferentes organismos encargados de su seguimiento e

299.- NEIRA PENA (2017: 283). La autora esboza un cuadro descriptivo de los contenidos generales del compliance. Dice "...en primer lugar, el programa de cumplimiento deberá ser aportado al proceso como prueba documental, en tanto que deberá encontrarse documentado. En tal soporte, figurara, de ordinario, el código ético de la entidad, su mapa de riesgos delictivos, el diseño de su modelo de organización y gestión pre ordenado a evitar delitos, los protocolos de actuación orientados a prevenir y detectar la comisión de ilícitos, los procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas, la configuración y las funciones del organismo encargado del funcionamiento del programa, el sistema disciplinario, el diseño de un canal de denuncias, las labores de comunicación y formación diseñadas para dar a conocer el modelo entre los distintos agentes que se relacionan con la entidad, así como el sistema según el cual se actualizará y adoptará el programa a los cambios de la organización de la entidad o a los que, de otro modo, afecten a la determinación de los riesgos a prevenir..."

implementación, los comentarios y sugerencias, así como las recomendaciones realizadas por los oficiales de cumplimiento y la forma cómo fueron atendidos estos requerimientos. De esta manera se construye lo que se denomina cultura de cumplimiento de la legalidad. De ello se deduce que "...la entidad que cuenta con un programa de cumplimiento eficaz, podrá usarlo para ir preconstituyendo pruebas que le podrán servir para atenuar la responsabilidad, ya sea a través de la acreditación de la operatividad del programa en cuestión...ya sea por la vía de aportar pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales..."³⁰⁰.

Pero la acreditación como prueba del modelo de cumplimiento también puede ser validada mediante pruebas periciales, testimoniales de empleados, dirigentes, administradores, contratistas, proveedores y hasta consumidores. Sin embargo, las pruebas periciales a la hora de determinar la efectividad del compliance son las más apropiadas porque implica una constatación de los hechos, documentos y la actividad de la corporación que en forma conjunta y sistematizada son idóneas o no para prevenir o minimizar las consecuencias de los hechos delictivos. Para algunos autores, este tipo de experticias son las únicas que sirven para acreditar o desacreditar la cultura de cumplimiento de la legalidad en una corporación³⁰¹.

3. ¿Los programas de compliance excluyen la responsabilidad penal de las personas jurídicas?

La controversia sobre la existencia del compliance como elemento constitutivo de exoneración de la responsabilidad penal de las corporaciones desplaza hacia la persona jurídica acusada la carga probatoria que demuestre existencia de un programa auto regulatorio elaborado bajo premisas y exigencias normativas generales, y como consecuencia evidenciar ser una organización no peligrosa en el desempeño de sus actividades y

300.- NEIRA PENA (2017: 284 - 285).

301.- NEIRA PENA (2017: 286).

cumplidora con el orden jurídico. La razón es la misma que se aplica en relación con la carga dinámica de la prueba y son las organizaciones jurídicas las que tienen mayor acceso, mejor posición y la posesión de los elementos probatorios, las que deben presentar esa prueba.

NEIRA PENA estima que es posible trasladar la carga de la prueba de la existencia del compliance a la persona jurídica acusada porque la inexistencia del programa podría considerarse como un indicio de tal condición. Esta autora realiza una serie de matizaciones para precisar y diferenciar dos situaciones un tanto complicadas. La primera considera al delito, cometido por los administradores y propietarios, como un indicio de que el compliance no funcionó, y que por tanto, corresponde a la entidad demostrar con pruebas ciertas que sí tomo todas las previsiones para evitar tal resultado lesivo en razón de que los deberes de control y vigilancia están en manos de quienes ejecutaron la conducta ilícita. Pero si el delito lo comete un empleado o trabajador de menor jerarquía dentro de la empresa entonces la carga indiciaria, no es tan fuerte como cuando lo comete el funcionario que se encuentra en la cúpula de la administración de la persona jurídica³⁰², y la carga de la prueba se traslada a la Fiscalía.

En esta dirección, si el delito lo cometen los subordinados de la corporación entonces la carga indiciaria es menor y la Fiscalía debe demostrar la inexistencia o ineficacia de un programa de compliance. Por el contrario, si el delito lo cometen los miembros

302.- NEIRA PENA (2017: 287-288). Dice la autora que "...cuando delinque un subalterno la carga indiciaria frente a la persona jurídica no están fuerte y, en tal caso, el MF tendrá que ser más diligente a la hora de hacer indagaciones sobre la ausencia de los debidos controles por parte de la entidad, buscando otras pruebas e indicios para acreditar la ineficacia del modelo de prevención. Sin embargo cuando delinque el delincuente parece aceptable recurrir a presunciones legales como la establecida por la regulación italiana, según la cual, para el caso en que delinquen los dirigentes se presumen, *iuris tantum* que los programas de cumplimiento eran ineficaces y es la empresa la que debe probar que contaba con medidas adecuadas para prevenir los delitos cometidos..."

de la alta cúpula de la corporación y por tanto los que dirigen la misma entonces este hecho constituye un indicio determinante de la ausencia de un programa auto regulatorio eficaz para la prevención de delitos. Esta situación demostraría el déficit preventivo de la corporación sin que esta apreciación constituya una violación al principio de legalidad. No llegaríamos a este resultado si se insiste en que la Fiscalía sea quien tenga la carga de demostrar la ausencia de un programa de prevención.

Claro que la presunción debe reunir ciertos requisitos para evitar la afectación al principio de inocencia. Requisitos como el inferir que si los dirigentes cometen el delito entonces no había control, ni supervisión en la corporación, y por ende, el programa de autorregulación no era eficaz. Por otro lado, la corporación cuenta con derecho de destruir la presunción iuris tatum demostrando que hubo un premeditado y fraudulento desacato a las previsiones de un programa de compliance interno de la empresa³⁰³.

II. EL COMPLIANCE Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO QUE CUMPLAN LAS EXIGENCIAS DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL

En este sentido, son válidas las resoluciones de las máximas autoridades judiciales españolas que nos llevan enorme ventaja sobre las previsiones que se deben en el largo proceso de concreción de un sistema más garantista de tratamiento penal en contra de las personas jurídicas. Hemos tomado de referencia

303.- NEIRA PENA (2017: 287-288): "...Por otra parte, cuando delinquen los dirigentes la posibilidad de inferir la ineficacia del programa de cumplimiento de su implicación en el delito es mayor, dada la mayor fuerza incriminatoria que, para la persona jurídica, tiene la implicación de sus altos cargos en la actuación delictiva. Por eso, en este caso, se propone que se produzca una presunción legal que establezca la inefectividad de las medidas de prevención para el caso de que los encargados de la dirección y el control del ente hayan delinquido. Ahora bien, para que esta presunción, basada en un nexo lógico la presunción de inocencia del ente, es necesario que se configure con carácter iuris tantum, permitiendo a la entidad desvirtuar tal presunción...".

algunas sentencias emblemáticas de los tribunales españoles³⁰⁴ comentadas por varios prestigiosos penalistas en relación con el ejercicio punitivo en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A. Tener cuidado de la aplicación automática

Si de algo se debe alejar los aplicadores de justicia penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas es la imposición de fallos judiciales automáticos y cargados de elementos definidores de la proscrita responsabilidad penal objetiva. Este fenómeno fue un evidenciado en la justicia española en numerosas ocasiones³⁰⁵ por las que el Tribunal supremo tuvo que salir al paso para enderezar la cuestión por vía jurisprudencial.

La sentencia del 2 de septiembre del 2015, emitida por el Tribunal Supremo español, rescata esta advertencia que nos puede servir de mucho a nuestro modelo propuesto. Se refiere a que bien sea tratándose de un modelo vicarial o un modelo de responsabilidad propio los hechos deben describirse en función de quien los cometió y de la forma como lo hizo. No puede haber una atribución del delito a la persona jurídica a partir de la narración y de la descripción de los hechos cometidos por la persona física. Es decir, no puede haber ausencia de referencia de los hechos atribuidos a la corporación como sujeto activo del delito provoca una ausencia de la ratio decidendi en la decisión de los jueces.

304.- Especialmente las sentencias y resoluciones Sentencia del TS del 2 de septiembre del 2015; Sentencia del Pleno de la II Sala del Tribunal Supremo del 29 de Febrero del 2016; Sentencia del tribunal Supremo del 16 de marzo del 2016; Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de noviembre del 2016; Circular de la Fiscalía General 1/2011; Circular de la Fiscalía General del 1/2016.

305.- GOMEZ-JARA DIEZ, CARLOS. (2017:30). "El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". Pamplona: Aranzadi.

Es importante el señalamiento sobre la independencia de los hechos que van a servir de fundamento de la imputación penal. El principio de personalidad del acto implica una clara diferenciación de los presupuestos de hecho al rato de evaluar la responsabilidad penal por parte del juez³⁰⁶. En un sistema de responsabilidad propio de la persona jurídica no deben darse estos traslados de responsabilidad corporativa desde la actuación o desde los hechos atribuidos a la conducta de la persona física sino desde los actos cometidos por la persona jurídica.

B. La culpabilidad corporativa independiente de la culpabilidad individual

La condena a la persona jurídica debe realizarse como consecuencia de la declaración de culpabilidad de la corporación y ésta a su vez, debe provenir como consecuencia de la infracción cometida por la organización en un proceso incoado con las garantías constitucionales previstas para todo proceso penal. Es decir, es una exigencia la diferenciación que debe tener la culpabilidad de la persona natural y la culpabilidad de la corporación.

En el sistema de responsabilidad propuesto (sistema mixto) si bien es cierto la infracción penal debe provenir del accionar de la persona física que tenga alguna relación laboral, contractual, administrativa o de propiedad, el fundamento de la responsabilidad penal corporativo debe ser independiente del fundamento de la imputación penal de la persona física. Reconocemos que no pretendemos un modelo de autorresponsabilidad absoluta porque no se puede prescindir por completo de una conducta de la persona física que es quien comete la infracción penal que

306.- GOMEZ-JARA DIEZ, CARLOS. (2017:33). En relación con la sentencia del 2 de Septiembre del 2015, caso de un delito de estafa, dice respecto de la sentencia casada "Con independencia para casar la sentencia de instancia respecto de la persona física-basado en el vacío probatorio de los elementos definitorios del delito de estafa... se puede evidenciar la condena de la persona jurídica se deriva de un automatismo objetivista más propio de una declaración de responsabilidad civil ...que una declaración de responsabilidad penal...".

tiene la virtualidad de generar responsabilidad punitiva a la persona humana y también, por otros hechos derivados de esta conducta y que no son los mismos, acarrea la responsabilidad corporativa³⁰⁷.

La culpabilidad penal, en términos generales debería tener tres presupuestos que deben necesariamente verificarse:

Una conducta delictiva de la persona física, relacionada con la corporación y que produzca efectos beneficiosos a la entidad.

Una infracción a los deberes de supervisión, vigilancia y control que tenga como consecuencia directa y muy probable la realización del resultado lesivo.

Un defecto organizativo y estructural relacionado con políticas de implementación de sistemas de cumplimiento eficaz de la legalidad.

Lo importante y el paso adelante en el sistema propuesto, tomado de autores como GÓMEZ JARA, NIETO MARTÍN, ZUGALDÍA ESPINAR y, sobre todo, FEIJOO SÁNCHEZ, se refiere a superar el criterio de que el defecto de organización es el referente material para la determinación de la persona jurídica. La culpabilidad de la misma se debe configurar a partir del "defecto organizativo estructural relacionado con políticas o programas de cumplimiento de la legalidad..." que supera el concepto de defecto organizativo por falta de control.

FEIJOO SÁNCHEZ³⁰⁸ pone un ejemplo en los siguientes términos: Si un alto directivo de una empresa mediante sobornos a funcionarios públicos consigue contratos para la empresa gracias a la falta o ausencia de control organizativo. Si los administradores no controlaron estas actuaciones entonces existiría delito corporativo. Pero si el oficial de cumplimiento de la empre-

307.- FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO (20176: 102).

308.- FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO (20176: 127).

sa detecta estas anomalías, investiga y descubre este procedimiento ilegal, denuncia a las autoridades de la Fiscalía. Estamos frente a un hecho en el que existiendo un defecto de organización por falta de control no existiría un “defecto organizativo estructural” porque la empresa demostró tener un buen modelo efectivo de compliance o de cumplimiento con la ley. Entonces la falta de una cultura de cumplimiento de la legalidad, en ese caso concreto, con la ausencia de un compliance efectivo es una falta atribuible a la corporación. Podríamos estar frente a un hecho propio que acarrea culpabilidad empresarial.

C. Los principios fundamentales del Derecho penal deberán ser observados en cualquier decisión que determine la responsabilidad corporativa.

Extraemos esta máxima de la sentencia del 2 de septiembre del 2015 emitida por el Tribunal Supremos de España y que determina que cualquiera que sea el modelo de responsabilidad penal que opte un determinado ordenamiento jurídico la aplicación de aquel sistema debe informarse de los principios fundamentales del Derecho penal.

Los planteamientos que conduzcan a la determinación de la responsabilidad corporativa deberán ajustarse a la exigencia mínima de responsabilidad personal, por el que cada persona responde por sus propios actos y no por las infracciones de terceros. La culpabilidad del ente colectivo no puede fundamentarse en las actuaciones de las personas físicas que cometieron la infracción, porque de darse esta situación se trataría de un sistema de responsabilidad objetiva en el que los presupuestos facticos del funcionario o empleado de la corporación se transforman en los presupuestos de la imputación de la organización.

En este sentido, GÓMEZ JARA³⁰⁹ recalca que el modelo de responsabilidad por hecho propio es un modelo mucho más aceptable en términos prácticos porque guarda una proporción mayor

309.- GÓMEZ-JARA DÍEZ (2017:41-43).

de conformidad con los principios fundamentales tributarios del Derecho penal tradicional. Sin embargo, no deja de cuestionar la asimetría entre las exigencias mayores de la conducta de la persona física y la conducta de la persona jurídica.

D. El delito de la persona física debe ser un presupuesto y no el fundamento de la responsabilidad penal de la corporación.

En un régimen de autoresponsabilidad o por hecho propio, los hechos que configuran el tipo penal de la persona física no son ni deben ser aquellos que configuran la tipicidad de la persona jurídica. Una reciente sentencia de los tribunales españoles³¹⁰ establecía que la infracción de la persona natural "...opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de la obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno..."³¹¹.

Esta afirmación nos permite solucionar problemas que, desde la óptica del sistema vicarial, fuera imposible hacerlo. Por ejemplo, si la conducta de la persona humana fuera el fundamento de la responsabilidad penal, de tal forma que no existiendo conducta "humana" no habría conducta de la organización, entonces en el caso en que una persona física falleciera, o no existiera o simplemente fuera difícil identificarla y no se pudiese dirigir el proceso en su contra, la consecuencia lógica sería la imposibilidad de establecer la responsabilidad penal e las personas jurídicas porque desaparecería el fundamento de la culpabilidad corporativa, creando lagunas de impunidad que es lo que precisamente se trata de superar con el modelo de responsabilidad por hecho propio.

310.- SENTENCIA DEL PLENO DE LA II SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO español, del 29 de febrero del 2016.

311.- GÓMEZ-JARA DÍEZ (2017:57).

Ahora, en el modelo de autorresponsabilidad ideal que se propone para la legislación ecuatoriana el centro gravitacional alrededor del cual gira la imputación a la persona jurídica debe ser un hecho propio de la corporación que se constituya en un factor propio de la responsabilidad penal³¹². El defecto estructural aparentemente deviene en uno de los sistemas más adecuados de culpabilidad colectiva que supera el modelo vicarial de transferencia.

En este sentido la implementación de políticas de cumplimiento de la legalidad al interior de las corporaciones constituiría un importante elemento de definición de la responsabilidad penal. En palabras de FEIJOÓ SÁNCHEZ, "...el delito individual sin políticas de cumplimiento de la legalidad puede ser definido como un delito corporativo...El cumplimiento de la legalidad en todos los ámbitos de la actividad y gestión empresarial es el elemento estructural por el que debe velar la persona jurídica. Si lo ha hecho es algo que debe constatarse con los medios habituales de prueba, incluyendo aquella que se pueda realizar mediante indicios..."³¹³

De tal forma que se descarta que el mero defecto organizativo por la deficiente gestión pueda ser el origen y el sustento de la responsabilidad penal corporativa en razón principalmente de que el defecto de organización no es un hecho sino un acto de carácter valorativo que no tienen conexión con el resultado lesivo³¹⁴. Se requiere el hecho individual cometido por la persona física más la existencia del defecto organizativo y finalmente la constatación del defecto estructural, como elementos integradores y constitutivos del hecho propio. En este contexto los programas de cumplimiento o compliance programas, pueden resultar insatisfactorios a la hora de haber evitado la comisión de un delito.

312.- FEIJOÓ SÁNCHEZ (20176: 127).

313.- FEIJOÓ SANCHEZ, BERNARDO (20176: 129).

314.- GOMEZ TOMILLO, MANUEL. (2015:73). "Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi.

Sin embargo, tampoco sería suficiente motivo de imputación, a la corporación, la evidencia de un fallo organizacional porque material y constitucionalmente es imposible establecer mecanismos de control y vigilancia total sobre los empleados y funcionarios que reduzcan a cero las posibilidades de realizaciones delictivas. Debe analizarse la predisposición de la corporación para activar dispositivos de reacción que denoten una cultura organizacional de cumplimiento de la legalidad para evitar, investigar, denunciar y sancionar los delitos en la empresa³¹⁵. Solo en caso de ausencia de una cultura corporativa vendría a configurarse la existencia de una falla estructural. La evidencia sobre estos tres elementos configuraría el hecho propio que fundamentaría la responsabilidad penal de la persona jurídica.

E. Las garantías procesales de la corporación no deben ser disminuidas frente a las garantías procesales de las personas físicas

Ese principio es evidente cuando el derecho a la tutela judicial efectiva y el reconocimiento de todos los derechos constitucionales se hace efectivo en la legislación legal y constitucional. La persona jurídica es titular de todos los derechos fundamentales, cuantitativa y cualitativamente, en los mismos términos de

315.- GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS. (2017:57). En la nueva legislación española, Gómez-Jara y Feijoo Sánchez llegan a coincidir en la cultura de cumplimiento de la legalidad como efecto determinante en la responsabilidad penal de la persona jurídica a partir de un hecho propio. Gómez-Jara resalta aún más la importancia del compliance en este modelo. Dice "... Quizá aún más relevante desde una perspectiva global es que tanto el Pleno del Tribunal Supremo como la Circular 1/2016 se alienan con la indiscutible tendencia internacional en materia de compliance. Por motivos de espacio no podemos extendernos aquí en esta cuestión; no obstante, en esta cuestión puede afirmarse que los estándares internacionales de compliance hacen gravitar el centro de cualquier sistema de gestión de Compliance en el establecimiento de una cultura de Compliance... La reforma operada por la LO 1/2015...resulta coherente cuando el Tribunal Supremo haya pretendido centrar la atención en lo que, a nivel de estandarización internacional, se considera decisivo para determinar la eficacia de los modelos o sistema de compliance...".

los que gozan las personas naturales, amparada por el principio igualdad ante la ley. Es decir, gozan del beneficio del reconocimiento de la presunción de inocencia, de la titularidad de los principios del debido proceso, del libre ejercicio del derecho de contradicción, del derecho de defensa, del principio de oportunidad, entre muchos más. La presunción de inocencia corporativa es un derecho independiente de la presunción de la persona física y no se puede alegar su beneficio bajo resguardo del mismo derecho del individuo.

F. Los conflictos de intereses entre la persona física representante y la persona jurídica

El sistema debe tener los resguardos necesarios que eviten conflictos entre el representante de la persona jurídica en el proceso penal cuando éste ha sido involucrado, en el mismo o en otro proceso similar, por actos que pueden acarrearle responsabilidad penal individual, sin perder de vista que la obligación principal del representante es defender los intereses de la persona jurídica por sobre los intereses individuales que pueda tener. La cobertura de protección que la normativa debe priorizar son los intereses de la persona jurídica entendida como un conglomerado de expectativas sociales, económicas, tributarias, comerciales en el que pueden salir afectados terceros que no son parte procesal, como es el caso de los trabajadores, socios, acreedores y el mismo fisco.

Existe un conflicto, y muy serio, cuando los actos delictivos cometidos por el mismo representante de la persona jurídica pueden arrastrar a una condena punitiva a la corporación como consecuencia de una estrategia personal de defensa y evasión de responsabilidades. Si es el representante quien ha cometido el delito las actuaciones procesales claves, como la aceptación de los hechos, los acuerdos probatorios, la exclusión de pruebas, la aceptación de procedimientos abreviados, la falta de colaboración con la investigación, entre otras actuaciones, esfumarían la posibilidad de una atenuación de la responsabilidad de la corpo-

ración y expresarían un claro conflicto de intereses procesales que terminarían afectando considerablemente el derecho de defensa de la persona jurídica, en beneficio de la persona natural. Tampoco el representante procesal de la persona jurídica podrá ser la persona natural que también esté involucrada en la comisión del delito que se investiga, o en su defecto, cuando haya sido llamada como testigo por la fiscalía. Sin mucho esfuerzo se puede comprender que este conflicto de intereses, distintos y contrapuestos, se podría verificar en situaciones en las que se ponga juego la culpabilidad de la persona física y una forma de evadirla sea a través de la entrega de documentación e información perteneciente a la corporación. Actuación que termina en una situación de ventaja procesal en favor del representante y en contra de la persona jurídica.

En conclusión, el representante procesal de la corporación debe ser una persona que no sea testigo, ni procesado o investigado, ni otro que tenga un potencial conflicto de intereses con la organización. Preferentemente elegido por algún órgano colectivo de representación de la misma persona jurídica.

G. Los profesionales del derecho que patrocinen a la persona física deberá ser distinto del que defiende a la persona jurídica.

Este caso evidentemente generaría una situación delicada de indefensión porque el Abogado patrocinador de las dos personas no podría manejar objetivamente los argumentos generalmente contradictorios de la persona física procesada y los correspondientes a la estrategia de defensa de la persona jurídica.

La defensa y patrocinio legal deberán ser llevados por abogados distintos para cada una de las partes procesales precisamente para evitar todo indicio de conflictos de interés, incluso entre abogados que pertenecen al mismo estudio jurídico.

H. Las sociedades pantalla no tendrían los mismos derechos procesales que tienen las personas jurídicas

Las sociedades pantalla son organizaciones que se crean y funcionan con el objeto de desarrollar y realizar actividades criminales. Son instrumentos al servicio de propósitos delincuenciales de los sujetos individuales que las conforman. Consideradas inimputables porque son sociedades muy simples y que no tienen capacidad de autogobernarse, "...de hecho, en el caso de las sociedades pantalla se aprecia claramente que se trata de sociedades plenamente heteroadministradas, carentes de la necesaria autonomía organizativa. Por ello, la adopción de cualquier tipo de medida de intervención frente a dichas sociedades se encuentra perfectamente legitimada, si bien no se pueden considerar verdaderas penas..."³¹⁶.

NIETO MARTÍN estima que tres son los requisitos para que una organización sea autorreferencial: que se encuentre especificados claramente los requisitos para su ingreso o conformación; en segundo lugar deben estar establecidos los mecanismos de decisión y la forma de adoptar las decisiones, previo el establecimiento de fines propios de la organización; y en tercer lugar, la identidad propia y distinta de sus miembros. Una organización debe tener una estructura jerárquica prestablecida en la toma de decisiones y un control sobre las conductas de sus miembros, principalmente. Caso contrario estaríamos frente a una sociedad pantalla³¹⁷.

En estas condiciones, una sociedad pantalla no tendría derecho a ser titular de derechos fundamentales y tampoco tendría la prerrogativa de ser considerada como una persona jurídica

316.- GOMEZ-JARA, CARLOS (2010). ¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel. En Revista Política Criminal, Cielo, Polít. Crim. Vo 15 No. 10 Santiago dic. 2010

317.- NIETO MARTÍN, ADAN. (2008: 166-167). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Madrid: lustel.

imputable y sometida a la normativa que rige para los procesos de determinación de la responsabilidad penal de las corporaciones³¹⁸. Sin embargo, a primera vista podríamos estar frente a un caso de violación de los derechos y garantías constitucionales de las cuales las personas jurídicas son titulares y que han sido legitimadas por sendas sentencias de la Corte Constitucional antes referidas.

No obstante, contando con la ayuda que nos presta un desglose de persona jurídica realizado por la Fiscalía General española en la Circular 1/2016 y que para efectos de la legislación ecuatoriana es perfectamente aplicable. Dice esta Circular que a la vista de la responsabilidad organizativa existirían tres tipos de personas jurídicas: Las primeras, son aquellas que operan con normalidad en el mercado o en la sociedad y a las que le son exigibles los programas de cumplimiento. La segunda clase está conformada por aquellas que desarrollan una actividad conformada en la mayor parte por actividades de carácter ilegal o delictivo, y que mantienen cierto nivel organizativo y jerárquico. Que es el típico caso de las empresas que realizan actividades de blanqueo de capitales. Estas corporaciones todavía mantienen la categoría de personas jurídicas imputables. En tercer lugar, se encuentran las personas jurídicas totalmente inimputables. Su actividad es completamente ilegal y la persona jurídica es utili-

318.- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. CIRCULAR 1/2016 nos proporciona una descripción más práctica de lo que significa una persona jurídica inimputable como las sociedades pantalla. Dice textualmente "...junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamiento delictivos existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos... Ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc, utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide, se dice en esta Circular, el recurso a la figura de simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo..."

zada como un instrumento para la realización de actividades que resultan solo disfraces de su objeto social y que está constituida por el grueso de actividades ilegales.

Esta clasificación es importante porque el modelo también debe contemplar la normativa que califique de inimputable a una persona jurídica cuando ésta sea una sociedad pantalla instrumentalizada para ocultar, tras la fachada corporativa, a la persona natural que delinque. El velo societario debe eliminarse cuando las actividades ilegales e ilícitas de la persona jurídica ocupan la mayor parte de sus actividades.

En este contexto, reconocer derechos constitucionales a sociedades que realizan toda su actividad por fuera de la ley sería dar ventaja a quienes se ocultan bajo la fachada societaria y la ley debería establecer un régimen de inocuización a través de la disolución inmediata de estas corporaciones criminales³¹⁹.

1. La ausencia de una cultura de control y de cumplimiento de la legalidad en la persona jurídica no debe ser un elemento del tipo y además debe ser probado por la persona jurídica y no por la acusación

Primero dejemos en claro que la ausencia de medidas eficaces y eficientes para la prevención y control del funcionamiento interno de la corporación constituye en fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. No es el simple dato existencialista de un documento que pruebe la existencia de un compliance para deducir de ello que existe una cultura de cumplimiento de la legalidad. Es la implementación, aplicación y se-

319.- NIETO MARTIN (2008: 169). El autor en relación con la inocuización menciona que "...Las consecuencias jurídicas previstas para los supuestos de inimputabilidad no tienen por qué ser necesariamente idénticas. Así, mientras que en el caso de empresas pantalla sería conveniente la disolución, un equivalente a la inocuización desde el punto de vista de los fines de la pena, en los supuestos de pequeñas empresas lo más adecuado es la no imposición de sanción alguna o alguna sanción de tipo estructural, como la curatela o las sanciones interdictivas...".

guimiento eficaz de sus directivas a través del tiempo y en las circunstancias concretas relacionadas con cada caso concreto.

Desde la perspectiva procesal se requiere de una vez la solución al dilema de si dogmáticamente la carencia de un programa de cumplimiento eficaz es un elemento objetivo del tipo penal aplicable a las corporaciones y si la existencia de estas políticas concretas de prevención constituyen circunstancias eximentes de responsabilidad penal. El apego a cualquier sistema que explique este dilema tiene una profunda implicancia procesal especialmente relacionada con la carga de la prueba dentro del esquema ideal propuesto.

Si la existencia del compliance eficaz forma parte de la existencia del tipo penal entonces la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, en este caso la Fiscalía. Es esta institución la que debe encargarse de comprobar que la persona jurídica no tiene implementado algún programa de autorregulación para prevenir o disminuir los riesgos delictivos en la corporación.

Por el contrario, si el compliance constituye una medida de exoneración de culpabilidad deberá ser la persona jurídica procesada la que realice el aporte necesario de todos los elementos de convicción que acrediten la existencia de tales programas. Es decir, la teoría mayoritaria exige que sea la parte acusadora la que acredite la inexistencia de los programas de cumplimiento orientados a prevenir la comisión de delitos desde el interior de la persona jurídica. Este modelo reniega a que sea la parte acusadora la que tenga que aportar elementos de juicio sobre la inexistencia de los programas de cumplimiento.

En líneas generales, el modelo propuesto exige la adopción e implementación de un compliance eficaz, que no es otra cosa que el desarrollo de un programa de cumplimiento de la legalidad. Si no existe un programa de cumplimiento eficaz para el caso concreto entonces existe un delito corporativo y por ende existe la responsabilidad penal de la corporación. No es suficien-

te la existencia de un simple defecto organizativo el fundamento de la responsabilidad penal de las organizaciones, sino que en forma adicional debe estar vinculado estrechamente con un defecto estructural en materia de cumplimiento de la legalidad o en relación con la cultura de cumplimiento y respeto al derecho.

En relación con la carga de la prueba, existe una sentencia del STS español³²⁰ que es muy ilustrativa para nuestros fines, y aporta el criterio sobre cuál debe ser la actitud de la acusación en relación con los hechos que cada parte procesal está en la obligación de aportar para la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica. La resolución mencionada determina que el hecho propio de la persona jurídica, es decir, la eficacia o ineficacia de los programas de control y prevención de delitos implantados en las corporaciones, debe ser investigado y demostrado por el juez instructor, en nuestro caso, por la Fiscalía que es el ente acusador.

Frente a cualquier aportación probatoria que realice la Fiscalía sobre los hechos que hayan causado un déficit de supervisión, control y vigilancia realizado desde una perspectiva general y no individualizada a todos y cada uno de los funcionarios y trabajadores de la persona jurídica, la persona jurídica podría igualmente aportar elementos de descargo dada la privilegiada posición que tiene en relación con el manejo y la posesión de la prueba.

320.- En este sentido, la Sentencia STS 221/2016 del 16 de marzo es muy clarificadora. Dice "...La responsabilidad penal de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que solo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad..."

J. El contenido material de la averiguación de la Fiscalía en los delitos corporativos

El objetivo de la prueba en el proceso penal ecuatoriano consta especificado en el Artículo 453 COIP y se refiere a la demostración con el grado de convencimiento sobre la existencia material del delito y la responsabilidad del acusado. En materia de responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro sistema vicarial exigiría un acoplamiento muy exigido y hasta artificial de esta normativa para cumplir con la demostración de la existencia del delito corporativo y de la responsabilidad de la persona jurídica. Como la responsabilidad corporativa en nuestro sistema vicarial extremo se deriva de la responsabilidad de la persona física las exigencias procesales recaen en la conducta de la persona física procesada y no en las actuaciones de la corporación que ni siquiera debe ser imputada en el mismo proceso penal.

En el sistema de responsabilidad por hecho propio, por el contrario, debe necesariamente existir procesalmente una imputación formal a la persona jurídica notificada en la persona designada por la organización y que podría ser el representante legal. El inicio de la instrucción fiscal debe realizarse conjuntamente con la persona física que cometió la infracción penal, en caso de que no haya podido ser identificada esta última, con la sola presencia de la persona jurídica.

Una vez iniciado el proceso penal, el objeto de la prueba en relación con la persona moral deberá ser impulsado por la fiscalía y estará orientada a la identificación de los elementos organizativos de carácter estructural que produjeron un déficit de control y prevención en los programas de cumplimiento que tienen como objetivo precisamente evitar la comisión de delitos al interior de la organización.

Es decir, la Fiscalía está obligada legal y constitucionalmente a investigar, analizar, recopilar, judicializar, incorporar al proceso mediante los medios de prueba previstos en el COIP todos los

elementos de convicción que demuestren la falta de efectividad y de operatividad de los compliance programs implementados por la corporación, lo que evidenciaría una falla estructural y una ausencia de una cultura de cumplimiento de la ley en el caso específico y concreto que se investiga.

El elemento subjetivo, para evitar una quiebra del principio de culpabilidad penal, se encuentra en la toma de las declaraciones o versiones de la persona jurídica siempre y cuando se asegure que quien la represente sea legítimamente designado por los órganos representativos de la persona jurídica. Y el contenido material de las declaraciones únicamente debe versar sobre los hechos llamados a identificar los elementos estructurales y organizativos que provocaron el déficit de los mecanismos de prevención y control.



CONCLUSIONES

Primera.- El procedimiento penal en contra de las personas jurídicas no está establecido expresamente en el COIP. Según varios fallos de la Corte Constitucional del Ecuador, la persona jurídica es titular de todos los derechos fundamentales de los que goza la persona física. No obstante, partiendo del sistema vicarial vigente, la persona jurídica procesada se ve impedida del ejercicio de derechos y garantías constitucionales establecidas en el Artículo 76 CRE, obligando a los jueces a utilizar la analogía y la interpretación extensiva como herramientas de aplicación para la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las cuales, a nuestro juicio, son de dudosa aceptación constitucional.

Segunda.- El principio de presunción de inocencia previsto en el Artículo 76.2 CRE presume que la carga de la prueba, en los procesos penales contra las personas jurídicas —al igual que contra las personas físicas—, corresponde a la Fiscalía. La aplicación de la carga dinámica probatoria vendría a constituirse en un mecanismo sustitutivo que eventualmente podría encubrir incapacidades investigativas de la Fiscalía, sin que por ello, en ciertos delitos como el lavado de activos, el tráfico de drogas o el enriquecimiento ilícito, pueda flexibilizarse en razón de que la información que guarda el procesado estaría en posición privilegiada de desvirtuar los cargos que se le imputa.

Tercera.- En el sistema de culpabilidad por defecto estructural no es un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas puro, que prescinde de la conducta de la persona física.

Este es el hecho generador de un proceso que no debe confundirse con el hecho fundamento de la responsabilidad corporativa. El delito de la persona física sirve de sustento para establecer su responsabilidad y es independiente de la que le impongamos a la persona jurídica.

Cuarta.- Si pretendemos fundar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la sola existencia de un defecto de organización, tenemos un problema porque siempre será el mismo defecto para cualquier tipo de delito que se cometa en el seno de la corporación. El defecto organizativo por una deficiente gestión no es un hecho sino un acto de carácter valorativo, que no tiene conexión con el resultado lesivo ni tampoco está tipificado en la ley como delito, por lo que existe un serio e insalvable problema de legalidad.

Quinta.- En el modelo de autorresponsabilidad ideal que se propone para la legislación ecuatoriana, el centro gravitacional de la imputación penal a la persona jurídica es el hecho propio de la organización. En este sentido, un sistema que fomente la cultura de cumplimiento de la ley deviene en un sistema más adecuado de culpabilidad colectiva que supera el modelo vicarial de transferencia. La implementación de los compliance al interior de las corporaciones constituiría un importante elemento de definición de la responsabilidad penal propia de las personas jurídicas. Su no existencia —o implementación— debe constatarse con los medios habituales de prueba, incluyendo aquella que se pueda realizar mediante indicios.

Sexta.- El modelo de responsabilidad por hecho propio propuesto exige que la conducta delictiva de la persona natural tenga una relación funcional con la corporación y que produzca beneficios para ésta. Que además se verifique la existencia de un sistema de incumplimiento de deberes de supervisión, vigilancia y control, sin cuya omisión se hubiese podido evitar la comisión del delito, con el grado de certeza. Finalmente, debe verificarse la existencia de un defecto estructural de organización relacio-

nada directamente con la adopción y seguimiento —o ausencia— de políticas institucionales al interior de la persona jurídica que favorezcan la comisión de delitos. Un indicio del defecto estructural es la falta de un programa de cumplimiento eficiente y eficaz que podrían excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Séptima.- La adopción de un código de cumplimiento o compliance significa el compromiso voluntario de la corporación para dirigir conforme a éste todas las actividades internas y externas que realiza la institución incentivando el fiel cumplimiento de la ley y el derecho. Pero que en nuestro sistema vicarial extremo el compliance no tiene ningún tipo de beneficio o benevolencia procesal a la hora de la imputación penal en contra de la persona jurídica, es una circunstancia intrascendente para efectos de valoración probatoria en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque la conducta de la corporación no es el objeto de la prueba.

Octava.- En relación con la carga probatoria, se podría proponer una alternativa en la cual si el delito lo cometen los subordinados de la corporación entonces la carga probatoria indiciaria tiene que ser menor, con lo cual la Fiscalía debe demostrar la inexistencia o ineficacia de un programa de compliance. Por el contrario, si el delito lo cometen los miembros de la alta cúpula de la corporación y, por tanto, los que dirigen la misma, entonces este hecho constituye un indicio determinante de la ausencia de un programa auto regulatorio eficaz para la prevención de delitos. No podríamos aplicar esta alternativa si se insiste en que la Fiscalía sea quien tenga la carga probatoria de acreditar la ausencia de un programa de prevención eficaz.

Novena.- En el sistema de responsabilidad por hecho propio, la carga de la prueba de eficacia o ineficacia de los programas de control y prevención de delitos —compliance— debe ser investigado y demostrado por la Fiscalía, que es la institución acusadora; y ello, sin descartar el aporte probatorio de la persona jurídica

como elemento de descargo de la imputación que pesa en su contra, dada la privilegiada posición que tiene en relación con el manejo y la posesión de la prueba.

Décima.- En el modelo de imputación penal por hecho propio propuesto, debe existir procesalmente una imputación formal a la persona jurídica, notificada en la persona designada por la organización y que podría ser el representante legal. El inicio de la instrucción de la Fiscalía debe realizarse conjuntamente con la persona física que cometió la infracción penal. En el caso de que no haya podido ser identificado el individuo, entonces se realiza con la sola presencia de la persona jurídica.



BIBLIOGRAFÍA

ABATO VÁSQUEZ, M. (2011): "Responsabilidad Penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares". Centro de Investigaciones interdisciplinarias en Derecho penal Económico. Recuperado de www.ciidpe.com.ar o en <http://ciidpe.com.ar/area1/RESPONSABILIDAD%20PENAL%20DE%20LOS%20ENTES%20COLECTIVOS.pdf>

ALDUNATE, L. (2003): "Eduardo, La titularidad de los derechos fundamentales". En: Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios constitucionales Constitucionales, Año I. Universidad de Talca Santiago.

ÁLVAREZ VELASCO, C. (2012): "Los retos que enfrenta el Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas de UNASUR. Informe del IDPC". Recuperado de http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del/los-retos-unasur.pdf

ÁLVAREZ, A. (2003). "La internacionalización del Derecho penal: El ejemplo del MERCOSUR". Biblioteca Jurídico Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr27.pdf>

ARAUJO GRANDA, PAULINA. (2014). "La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador". Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

AROCENA, G. (2007). "Acerca del denominado "Criminal compliance". En: Revista Crítica Penal y Poder, N. 13 de octubre del 2007, págs. 128 a 145, Observatorio del sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona. Recuperado del sitio: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19320/23300>

ARTAZA VARELA, E. (2013): "La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal". Buenos Aires: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A.

ASAS, I. Y y ALVAREZ ÁLVAREZ FEIJOO, M. (2011): "Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica". En: Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 28-2011. (págs. 26 a 40). Recuperado del sitio <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf?id=2974>

BACIGALUPO LIZCANO, J. (2013): "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 Madrid: Editoriales S.A.

BACIGALUPO SAGGESE, S. (1997). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". Tesis Doctoral. Madrid, 1997. Universidad Autónoma de Madrid.

BACIGALUPO SAGGESE, S. (BACIGALUPO, S. (2008): "Ética Empresarial y Responsabilidad Penal de la Empresas. Proyecto I/D. Acciones Estratégicas, DER 2008/5867". Ver en http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%BA39/Silvina_Bacigalupo_Saggese.pdf

BACIGALUPO SAGGESE, S. (BACIGALUPO, S. (2013). "Tendencias de Política Criminal en la prevención de la corrupción". En: "Corrupción y delito. Aspectos de Derecho penal Español y desde la perspectiva comparada". CASTRO MERENO, A., OTERO GOZALEZ, P. (Directores), GARROCHO SALCEDO, A. (Coordinadora). Madrid: Editorial Dyhkinson.

BACIGALUPO ZAPATER, E. (2016): "El Derecho y la integración". Recuperado de <http://derechopenalmarginal.blogspot.com/2016/02/el-derecho-y-la-integracion-economica.html>

BACIGALUPO ZAPATER, S. (2008): "Ética Empresarial y Responsabilidad Penal de la Empresas. Proyecto I/D. Acciones Estratégicas, DER 2008/5867/". Ver en http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistan%BA39/Silvina_Bacigalupo_Saggese.pdf

BAIGUN, D. (2000). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ensayo de un nuevo modelo teórico". Buenos Aires. Ediciones Depalma.

BAJO FERNÁNDEZ, M. (1983): "De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: Revista de Derecho Industrial, N.14, año 5. Buenos Aires. Pág. 274. Recuperado del sitio <http://ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=68528&print=2>

BAJO FERNÁNDEZ, M. (2012): "Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español". En: BAJO FERNANDEZ, M., FEIJOO SANCHEZ B. Y GOMEZ JARA-DIEZ, C. (Coordinadores): "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi (25 a 54).

BAJO FERNÁNDEZ, M. Y GÓMEZ JARA-DIEZ, C. (2012): "Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica". En: BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: "Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi SA

BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, J. y GÓMEZ JARA, C. (2012). "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.

BALMACEDA HOYOS, G. (2014): "Manual de Derecho penal. Parte General". Santiago: Librotecnia.

BALMACEDA HOYOS, G., GUERRA ESPINOZA, R. y NAYI ABUSHIHAB, M. "Consecuencias jurídico penales en contra de las personas jurídicas en Colombia y políticas de prevención del delito en las empresas: una mirada al modelo chileno". En: Revista Dikaion Universidad de la Sabana. SciELO Colombia- Scientific Electronic Library Online. Recuperado de: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/5165/3903>.

BECK, U. (1999): "¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización" Trad. De Bernardo Moreno y Ma.^a Rosa Porras. Barcelona: Editorial Paidós.

BERENSON W. (2001): "La estructura de la Organización de los Estados Americanos: una reseña. Este escrito presento Berenson Colombia, marzo del 2001, Seminario sobre la OEA organizado por el Departamento de Cooperación y Información Jurídica de la OEA. El autor fue Director del Departamento de Servicios Legales de la Oficina del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos OEA. Americanos. Recuperado de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YX-JkCtCJEA4J:www.oas.org/legal/spanish/ESTRUCTURA_DE_LA_OEA_Junio_2013.doc+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=ec.

BINDER, A. (2009): "Introducción al derecho procesal penal". Buenos Aires: Editorial Ad – hoc.

BLANCO, H. (2015:12). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de lavado de activos en el Artículo 304 del C.P.". En: Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires,

18/12/2015, recuperado del sitio: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40472.pdf>

BOCK, D. (2013). "Compliance y deberes de vigilancia en la empresa". En: KUHLEN, I., MONTIEL, J.P. y URBINA GIMENO, I. (Editores): "Compliance y teoría del Derecho penal". Madrid: Marcial Pons, (págs.. 107-121)

BOLDOVA, M. (2013). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española". En: Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII págs. 219-263 En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4544264>

BORJA JIMÉNEZ, E. (2004): "Globalización y concepciones del Derecho penal". Ver en <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4146/04.Borja.pdf;jsessionid=F75A79F00CDBA-3D537F072EFAB410319?sequence=1>

BURGUERA A., L. (2014): "El derecho a la reputación o buen nombre de los partidos políticos, notas a la stc 79/2014, de 28 de mayo". Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5100821>

CARDOSO PEREIRA, F. (2012: 154). "Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos". Tesis Doctoral Universidad de Salamanca. Recuperado del sitio: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf

CERVANTES VALAREZO, A., BAYONA PLUA, D. "Personas jurídicas: Responsabilidad penal". Recuperado del sitio <https://www.derechoecuador.com/-personas-juridicas-responsabilidad-penal>

CESANO, D. (2005): "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 orde-

namiento comunitario y el sistema constitucional". En: REINA, L. (coord.): En Nuevas tendencias del Derecho penal Económico y de la Empresa. Perú: ARA Editores EIRL (págs. 533 a 550).

CIGÜELA, J. (2017). "Culpabilidad, identidad y organización colectiva". En: Revista Política Criminal", Vol. 12, N° 24, Diciembre 2017, Artículo 7, págs. 908-931. Recuperado del sitio http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A7.pdf

CLAVIJO, C. (2015): "Responsabilidad penal de las personas jurídicas sin posibilidad de defensa". Artículo publicado en la Agencia de Prensa Ambiental INFO REGION. Lima 22 junio 2015. Recuperado de <http://www.inforegion.pe/206418/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-sin-posibilidad-de-defensa/> COCA VILA, I. (2013). "Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada. En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (págs.43-76)

CÓRDOVA CASTILLO, L. (2007): "La persona jurídica como titular de derechos fundamentales". Piura: Universidad de Piura, Repositorio Institucional PIRHUA. (pág. 6). Recuperado del sitio https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2073/Persona_juridica_como_titular_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

CORES, C. y CAL, J. (2007). "El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa". Revista de derecho. Año 6, N°. 11, 2007, págs. 131-140 Ver en internet <http://revista-derecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cal-y-De-Cores-El-concepto-de-interes-publico-y-su-incidencia-en-la-contratacion-administrativa.pdf>.

COURIEL, A., MOREIRA, C. (2013): "UNASUR: La unidad de América Latina para la cooperación y la integración. En nuevos escenarios para la integración en América Latina". En: SILVA

FLORES, C., MARTINS, C. (coords.). Santiago: CLACSO. Editorial Arcis.

CSONKA, P. (2013): "Armonización del Derecho penal en la UE". En "Armonización Penal en Europa". Revista Europea Inklings (EUI). Número 2. Año 2013. (pág. 22 a 36).

CUADRADO, M. A. (2007). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?". En: Revista jurídica de Castilla y León. N.12, Abril 2007.

CUELLO CONTRERAS, J. (2013). "El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica". En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2013, <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-03.pdf>

CUESTA ARZAMENDI, J. PÉREZ MACHIO, A. (2013). "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 (EU). Número 2. Año 2013.

CUESTA ARZAMENDI, J., PÉREZ MACHIO, A. (2013): "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. (págs. 53 a 76).

DÁVILA S., R. (2012): "Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos." En: Pensamiento Jurídico contemporáneo N.1. Centro de Estudios y difusión del derecho constitucional. Imprenta: V&M Gráficas. Quito:

DEL ROSAL, B. 2016): "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado" En: Diario La Ley, Nº

8732, Sección Doctrina, 1 de Abril de 2016, Ref. D-135, Editorial LA LEY. Recuperado del sitio http://www.rediuris.com/bibliografia_12/0/sobre-los-elementos-estructurales-de-la-responsabi_19343/

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. "Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación española". Sacado del internet <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Las%20penas%20de%20las%20personas%20juri%CC%81dicas.pdf>

DONAIRES, P. (2013): "Derecho y Cambio Social Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado". Recuperado de http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas.pdf.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016). "El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas". Pamplona: Editorial Civitas.

FEIJOO SANCHEZ, B. (2016). "Réplica a Javier Cigüela". En: InDret N. 2-2016. Revista para el análisis del derecho. www.indret.com. Recuperado del sitio <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/314379/404485>

FEIJOO SÁNCHEZ, B. 2014): "Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles". En: OLIVEROS ALONSO, M. (coord.): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro". Valencia: Editorial Tirant lo Blanch (pág.149). Ver también en internet <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/francisco.pdf>

FEIJOO SÁNCHEZ, J. (2012): "Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del Artículo 31 Bis 1". En: BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. Y GÓ-

MEZ-JARA DÍEZ, C.: "Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi SA.

FERNÁNDEZ, G. (2016): "Oportunidades de la Ley de Responsabilidad Penal de las Empresas en Chile". Recuperado de <http://www.carey.cl/news-alert-n3-agosto-2010/#.Vu4oWuJ96UI>.
FERRAJOLI, L. (2016): *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.

FOFFANI, L. (1995). "Tutela penal del mercado y abuso de información privilegiada: La experiencia italiana". En: AA.VV.: "Hacia un Derecho penal Económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann Tiedemann". Madrid: Estudios Jurídicos BOE.

FRADIQUE, C., RODRÍGUEZ, M. y KURE C. (2015): "Publicación sobre el desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Chile". En: Serrano Espelta, P: "Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras". Bogotá. Autores Editores.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER STIFTUNG. (2011). 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. Recuperado de: <http://www.kas.de/wf/doc/6983-1442-4-30.pdf>.

GALÁN MUÑOZ, A. (2012): "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO /2010: entre la hétero y la autorresponsabilidad". En: REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 15 – Año 2011© 2002 Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

GARCÍA CAVERO, P. (2005): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". Ponencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho penal realizadas los días 24,

25 y 26 de agosto del 2005". Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Recuperado del sitio [file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadPenalDeLasPersonasJuridicas-5319474%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet-LaResponsabilidadPenalDeLasPersonasJuridicas-5319474%20(2).pdf)

GARCÍA FALCONÍ, R. (2017). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, especial enfoque al caso ecuatoriano. En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (Dir.), y NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 375 a 399)

GARCIA, C. (2005). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". Ponencia presentada en las XXVII Jornadas de Derecho penal realizadas los días 24, 25 y 26 de Agosto del 2005, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5319474.pdf>

GARCÍA, F. (1997). "La pena de trabajo en beneficio de la comunidad desde una perspectiva comparada". Recuperado del sitio http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_08.pdf

GASTOÓN INCHAUASTI, F. (2012). "Proceso penal y persona jurídica". Madrid: Marcial Pons.

GERSTNER, M., ALLAMAND, N. (2015): "Publicación sobre el desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Chile". En: SERRANO, E. (coord.): "Práctica de compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras". Bogotá: Autores Editores (págs. 57 a 88).

GIMENO BEVIA, G. (2016). "Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Pamplona: Editorial Aranzadi (Thomson Reuters).

GIMENO BEVIA, G. (2017): "Problemas y alternativas a la conformidad de la persona jurídica en el proceso penal". En págs. 87 a 110, En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (Director), Y NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 215 a 226).

GÓMEZ JARA, C. (2012). "La culpabilidad de la persona jurídica, en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Editorial Aranzadi SA.

GÓMEZ MONTORO, A. (2000): "La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional español). Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho constitucional. N.2 Enero – Junio del 2000. Recuperado del sitio <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5579/7243>

GOMEZ TOMILLO, M. (2015): "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español". Valladolid: Editorial, Lex Nova.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2012): "La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (Artículo 31 bis del Código Penal)". En: Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas. Lima: ARA Editores.

GÓMEZ-JARA, C. (2010). "Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel". En: Polít. crim. Vol. 5, N° 10 (diciembre 2010), Doc. 1, págs. 455-475. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v5n10/art05.pdf>

GÓMEZ-JARA, C. (2012). "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona: Thomson Reuters. (págs. 213-228).

GONZÁLEZ, A. (2013). "Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal, pasado, presente y futuro de los límites jurídico – penales al libre mercado y a la libertad de empresa". En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (págs. 77-110).

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2010:11). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma del 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor". En Diario la Ley, N. 7505, Sección Doctrina, 3 de noviembre.2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2013). "El secreto profesional del Abogado". En: GONZÁLEZ GONZÁLEZ –CUÉLLAR SERRANO (coord.). En: "Problemas actuales de la justicia penal". Madrid: ColexColéx.

GRACIA MARTIN, L (2010): "El Derecho penal ante la globalización económica. En Cuestiones de Derecho penal, Procesal Penal y Política Criminal". Lima: ARA Editores.

GRACIA MARTIN, L. (2011): "El Derecho penal ante la globalización económica",. Ver en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20El%20Derecho%20Penal%20ante%20la%20globalizaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.pdf>

GUARDIOLA LAGO, J. (2004): "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del Artículo 129 del Código Penal". Valencia: Tirant lo Blanch.

GUDÍN, A. (2011): "Alcance de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2011 en relación con las consecuencias del delito del artículo 570 quater". En: Diario La Ley N. 7606, 7 de abril del 2011, Año XXXII, Editorial La Ley. (págs. 21- 43).

HASSEMER, W. (1995): "Derecho penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos". En: VV.AA.: "Pena y Estado". Santiago: Editorial Jurídica Conosur (págs. 23-36).

HEINE, G. (1996). "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales". Recuperado del sitio: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_04.pdf

HEINE, G. (2008): "La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea". En: GOMEZ JARA-DIEZ, C (director): Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia. (págs. 227-250).

HEINE, G. (2012). "Modelos de responsabilidad jurídica penal originaria de la empresa", En: EINE, G., LAMPE, E., LAUFER, W., GOMEZ JARA, C. Y STRUDLER, A. (coautores): "Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas". Lima: Ara Editores.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2010): "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile". En: Revista Política Criminal. Versión On-line ISSN 0718-3399. Polít. Crim. v.5 n.9 Santiago Julio. 2010. Scielo Chile.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015). "¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?". Revista de derecho (Valparaíso) versión On-line ISSN 0718-6851 Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.44 Valparaíso jul. 2015. Ver en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512015000100007

HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2015): "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y reforma penal integral en Chile". En págs. 87 a 110, En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (Director), Y NEI-

RA PEÑA, A.M. (coord.). En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 87 a 110).

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2010): "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables". En: Diario la Ley N. 7427. Sección Doctrina, 18 de junio del 2010, año XXXI, Editorial LA LEY. LA LEY 3655/2010. Recuperado del sitio: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin36/Articulos_36/estatuto_procesal.pdf

HERRARTE LAGASABASTER, I. (2013): "Las personas jurídicas y la potestad sancionatoria de la Administración". En: Armonización Penal en Europa. Rev.European Inklings (EU). Número 2.

<http://blogs.elpais.com/eco-americano/2011/12/siete-de-cada-diez-empresas-en-latinoam%C3%A9rica-dicen-que-sufrieron-fraudes.html>.

INSIGNARES CERA, S. (2013). "La UNASUR: ¿integración regional o cooperación política?". En: Rev. Derecho no.40 Barranquilla July/Dec. 2013. Scielo.

JAEÉN VALLEJO, M. (2008). "Principio constitucional «ne bis in idem» (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003). Ver en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_19.pdf

JAÉN VALLEJO, M. (2008): "Informe sobre los últimos trabajos de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano". Ver en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_18.pdf

KHULEN, L. (2013:51). "Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho penal". En: KUHNEN, I., MONTIEL, J.P. y UR-

BINA GIMENO, I. (Editores): "Compliance y teoría del Derecho penal". Madrid: Marcial Pons, (págs. 51-76).

LAMPE, E. (2012). "Injusto de sistema y sistema de injusto, en Modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas. Propuestas penales contemporáneas". Lima: Ara Editores, Gómez Jara Editor.

LANGÓN CUÑARRO, M. (2000). La teoría de la vergüenza reintegrativa de John Braithwaite. Revista De La Facultad De Derecho, (18), (págs. 63-68). Recuperado a partir de <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/267>

LAUFER, W. y STRUDLER, A. (2012). "Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria". En GOMEZ JARA, C. (Editor). "Modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas". Lima: ARA, (255-297).

LOZANO-HIGUERO PINTO, M. (2017). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la degradación de las garantías procesales". En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi. (págs. 77-92).

MACHADO PELLONI, F. (2012). "Entrevista al Profesor Enrique Gimbernát Ordeig". En: Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, núm. 20, 2012, (págs. 289-296).

MARTÍNEZ PARDO, V. (2011): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 26, año 2011 (págs. 61-78). Rescatado de https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num26/26-3-vicpar.pdf

MATUS, J. (2007). "La Política Criminal de los Tratados Internacionales". En *Ius et Praxis* v.13 n.1 Talca. Revista on line. Recuperado a partir de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S0718-00122007000100010#nota34

MATUS, J. (2009). "Por qué en citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos". En *Derecho penal contemporáneo. Revista Internacional*, enero – marzo del 2009. Bogotá: Legis Editorial (págs. 189 a 238).

MATUS, J., ORELLANA CRUZ, M., CASTILLO SANCHEZ, M. y RAMIREZ GUZMAN, C. (2003): "Análisis dogmático del Derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por Chile en el ámbito del derecho internacional: conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile". *Ius et Praxis* (online). 2003, vol.9, n.2. Talca.

MAZZÓN, M. (2014). "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).

MIR PUIG, S. (2007): "Constitución, Derecho penal y globalización". En: GOMEZ, V. (coord.): *Política Criminal y Reforma Penal*. Madrid: Edisofer.

MIR PUIG, S. (2014): "Derecho penal. Parte General". Barcelona: Editorial Reppertor.

MIR PUIG, S. (2014): "Las nuevas "penas" para las personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad". En: HORTAL IBARRA, J.C., VALIENTE IBAÑEZ, V. (coordinadores): "Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detención y reacción penal". Buenos Aires: Editorial B de f. (págs. 3 a 14)

MODELELL GONZÁLEZ, L. (2015): "La responsabilidad penal de la persona jurídica en Venezuela". En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (Dir.), NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: "La responsabili-

dad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 423 a 425).

MONTAÑA, J. y PAZMIÑO, P. (2012): "Manual de Justicia constitucional ecuatoriana". En: Corte Constitucional del Ecuador. Cuadernos de Trabajo N.4, Imprenta: V&M Gráficas, Quito: (págs. 30 – 36)

MONTEAGUDO, M. (2013) "El derecho a la propiedad en los derechos humanos y la ley de inversiones: una perspectiva Latinoamericana de una conexión inevitable". Recuperado en https://www.wti.org/media/filer_public/94/7f/947f463b-5995-40f1-bfad-bb-15f4cf8e2b/wti_seco_wp_06_2013.pdf

MONTES, J. L. "La Responsabilidad Penal Empresarial en Ecuador #Compliance". Recuperado del sitio <http://www.intedya.com/internacional/1395/noticia-la-responsabilidad-penal-empresarial-en-ecuador-compliance.html>

MORALES, O. (2011) "La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal". Conferencia en homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada. 2011. Recuperado del sitio <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3202/documento/art18.pdf?id=3347>

MUÑOZ CONDE, F. (2015). "Teoría General del Delito". Lima: Editora Jurídica del Pacífico.

MURILLO, D. (2015): Opinión escrita sobre la consulta presentada por el Estado de Panamá sobre la interpretación y el alcance del Artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Abogado Investigador y consultor en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público, Ver en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/panama/24.DavidAndresMurilloCruz.pdf>

NAVAS MONCADA, I. (2013:112). "Los códigos de conducta y el Derecho penal Económico". En: MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (págs. 15-42).

NEIRA PENA, M. (2016). "la efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal". En: Política criminal. vol.11 no.22. Cielo. Santiago. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992016000200005&script=sci_arttext

NEIRA PENA, A. M. (2017: 268). "La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas". En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi (267 – 292).

NEIRA PENA, A. M. (2018) "La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español". Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte (en línea) 2014, 21 (Fecha de consulta: 21 de junio de 2018) Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041329005>> ISSN 0717-5345

NIETO MARTIN, A (2008): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo". Madrid: Editorial lustel.
NIETO MARTIN, A. (2008): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad pena". Madrid: lustel (págs. 90 a 99).

NIETO MARTIN, A. (2013). "El Derecho penal Económico en la era de la compliance". Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

NIETO MARTIN, A. (2013): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: oportunidades y retos para la cooperación judicial". En Armonización del Derecho penal en la UE. Revista Europea Inklings (EUi). Número 2. Año 2. (págs. 130 a 150)

NIETO MARTIN, A. (2013): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. En ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTIN, A. (Directores): "El Derecho penal Económico en la era de la compliance". Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

NIETO MARTIN, A. (2013i: 23): "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal". En: KUHLEN, I., MONTIEL, J.P. y URBINA GIMENO, I. (Editores): "Compliance y teoría del Derecho penal". Madrid: Marcial Pons, (págs. 21-48).

NUÑEZ P., M. (2005): "Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales. En: BASTIDA FREIJERO F., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P., PRESNO LINERA, M., ALAEZ CORRAL, B., Y FERNÁNDEZ SARAZOLA, I. (coordinadores): Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978. Madrid. Tecnos. Recuperado del sitio <https://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/alaez/pdf/titularidad.pdf>

ONTIVEROS ALONSO, M. (2015). "El compliance en materia Penal? (A propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales). En: GARCIA RAMIREZ, S. y GONZALEZ MARISCAL, O. (coordinadores): "El Código Nacional de procedimientos penales". México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

ORTIZ DE URBINA, G. I. (2014). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american way". En: HORTAL IBARRA, J. y VALIENTE IBAÑEZ, Vicente: "Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de detección, prevención y reacción penal". Juan Carlos Hortal Ibarra y Vicente Valiente Ibáñez, Coordinadores. Editorial B de F. Buenos Aires (págs. 35-49).

OSPINA PERDOMO, J. (2015): "De la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia". En: PEREZ-CRUZ-MARTIN, J. (Dir.), NEIRA PEÑA, A.M. (coord.). En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 11 a 154).

PACHECO E, ENRIQUE (2018), La responsabilidad penal de las corporaciones en el marco de la Unión Europea y de Latinoamérica, en Derecho penal y Gobernanza. En: PACHECO, M. (coord.). Quito, PPL Impresores.

PÉREZ GIL, J. (2015): "Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal". En: NEIRA PEÑA, A(Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de personas jurídicas". Pamplona: Aranzadi. Pamplona (25 a 46).

PICO MANTILLA, G. (2008). "Código de la Comunidad Andina", <="" i="" style="border: 1px solid black;">Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2006c/196/

PINHEIRO GUIMARÃES, S. (2017): "La Unión Europea y el fin del MERCOSUR". http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zUvwlw_EnZYJ:rcci.net/globalizacion/2015/fg2104.htm+&cd=31&hl=es&ct=clnk&gl=ec. También ver en <https://www.nodal.am/2017/11/la-union-europea-fin-del-mercosur-samuel-pinheiro-guimaraes/>

PLATA, L., CEBALLOS, D. (2009): "Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas". En: Revista de Derecho de la Universidad del Norte. N. ° 31. Barranquilla. Recuperado de http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/31/8_NATURALEZA%20JURIDICA%20DE%20LAS%20N.pdf

POLAINO, M. (2009): "Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo". Arequipa: Editora Jurídica Grijley.

PRADEL, J. (1998): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones". (págs. 4). Ponencia presentada en el Seminario de Derecho penal celebrado en la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania) los días 2 y 3 de mayo de 1998 bajo la coordinación del Prof. Dr. Klaus TIEDEMANN, titulado Harmonisierung des Allgemeinen Teils-Prolegomena zu einem europäischen Modellstrafgesetz-

buch» Ver en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf

REBOSSIO, A. (2011): "Casos de fraude en siete de cada diez empresas en Latinoamérica". El País. Blogs. Planeta Futuro. Recuperado de

RENEDO ARENAL, M. (2017:103). "La imputación de la persona jurídica". En: NEIRA PENA, A. M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi.

ROBLES PLANA, R. (2006): "¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos". Indret, Revista para el análisis del derecho. Ver en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/responsabilidad_penal/21042014/dp-rp-delitos_pjuridicas.pdf

ROBLES PLANAS, R. (2006): "¿Delitos de las personas jurídicas?" En: Indret Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Abril 2006. Ver en www.indret.com.

RODRIGUEZ BAHAMONDE, R. (2017). "Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal". En: NEIRA, A.M. (Coordinadora): "Proceso Penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas". Pamplona. Aranzadi.

RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J. (2015). "Imputación de responsabilidad penal para la empresa". Buenos aires: Euros Editores S.R.L.
RODRÍGUEZ, F. (2013): "La expansión del Derecho penal simbólico". Quito: Editorial Cevallos.

RODRIGUEZ, N. (2012). "Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada". Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (Dir.), Xulio Ferreiro Baamón-

de (Dir.). A Coruña: Universidad de, 2012, p. 197-232. ISBN: 978-84-9749-501-1

ROXIN, C. (2000). "Derecho Procesal Penal". Buenos Aires: Editores del Puerto.

ROXIN, C. (2007). "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?". En: "La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?". Madrid: Marcial Pons.

ROXIN, C. (2014). "El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual". En: ROXIN, C. "La teoría del delito en la discusión actual". Lima: Editorial Grijley.

ROXIN, K. (1976): "Problemas básicos del Derecho penal". Madrid: Editorial Reus.

SANMARTÍN, J. (2013): "La violencia y sus claves". Barcelona: Ariel, 2013.

SCHUNEMANN, B. (2005). "Las prescripciones sobre la autoría en la Ley Boliviana sobre la base de las modificaciones al Código Penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas ¿un modelo para Latinoamérica?". En: REINA ALFARO, L.M. (coord.): "Nuevas tendencia del Derecho penal Económico y de la Empresa". Lima: ARA Editores, (págs. 509 a 531).

SIERRA LEWIN, S. (2015). "Las personas jurídicas en el proceso penal: experiencia chilena". En: PEREZPÉREZ-CRUZ-MARTIN, J. (Dir.), Y NEIRA PEÑA, A. M. (coord.). En: "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi (págs. 413 a 421).

SILVA SÁNCHEZ, J (2001): "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades Postindustriales". Madrid: Editorial Civitas.

SILVA SÁNCHEZ, J. (2013). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español". En MONTANER FERNANDEZ, R. (coordinadora): "Criminalidad de la empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas". Barcelona. Editorial Atelier, (págs. 15-42)

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2008): "La evolución Ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En revista de Derecho penal y Criminología, págs. 134, 2008, HeinOnline. Recuperado del sitio <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/dpen crim29&div=10&id=&page=>

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2016). "Fundamentos del Derecho penal de la Empresa". Buenos Aires: Editorial B de F.

SIMON, F. (2010). "La noción "derechos fundamentales" en la jurisprudencia de la autodenominada Corte Constitucional Ecuatoriana (La exclusión del derecho de propiedad de la acción extraordinaria de protección por no ser "derecho constitucional)". En: IURI DICTIO. Septiembre 2010, año X, N.13. Publicación periódica del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco. (Págs. 9-33).

SOUTO, M. (2002). "El blanqueo de dinero en la normativa internacional". Santiago de Compostela: Editorial de la Universidad de Santiago de Compostela.

STIGLITZ, J (2002). "El malestar en la globalización". Traducción de Carlos Rodríguez Braun. México: Taurus (pág. 34). Ver en <http://www.redalyc.org/html/427/42711604/>

TERRADILLOS BASOCO, J. (2012): "Derecho penal, sistema económico y empresa". En: GARCÍA FALCONI, R., GRACIA MARTIN, L., SHUNEMANN, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. (coautores). En: Derecho penal Económico. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

TIEDEMANN, K. (1985). "Poder económico y delito". Barcelona: Ariel.

TIEDEMANN, K. (1996). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recuperado del sitio: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf

TIEDEMANN, K. (2016): "La constitucionalización de la materia penal en Alemania". Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1994_03.pdf

TOLOSA, R. (2015). "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su incidencia en Colombia". En: Revista Derecho penal y Criminología, Vol. 36, N°. 100, enero-junio de 2015. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, págs. 13-43. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v36n100.02> o <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4480/5123>

URBANO MARTINEZ, J. J. (2018). "La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio". Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

VELÁSQUEZ, F. (2005). "El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana". Madrid: Iustel RGDP, n.º 3 mayo 2005.

VILLEGAS GARCÍA, M. (2015): "Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América". En: Tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Recuperado del sitio <http://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>

VILLEGAS GARCÍA, M. (VILLEGAS M. (2016). "La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas La Experiencia de Estados Unidos". Pamplona: Aranzadi.

VINTIMILLA, J. (2015): "La Constitución Económica del Ecuador". En: Revista Iuris Dictio. Año 16. Vol. 17 febrero- julio 2015. Dirección electrónica https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_16/iurisdictio_016_007.pdf

ZUGALDIA ESPINAR J. y, MARÍN DE ESPINOZA, B. (2015): "Responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y España". Pamplona: Editorial Aranzadi.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. (2010). "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español". Recuperado de http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292343731167?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Jose_Miguel_Zugaldia_Espinar.PDF.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. (2010). "Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español". Es una publicación del Centro de Investigación Interdisciplinaria en -Derecho penal Económico Recuperado del sitio: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf>

ZUGALDÍA ESPINAR, J. (2002). "La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno Derecho penal Económico". En: MIR PUIG, S., MODOLELL GONZÁLEZ, J., GALLEGOS SOLER, J. y BELLO RENGIFO, C. (coordinadores). En: Estudios de Derecho penal Económico. Caracas: Editorial Librosca (123 a -196).

ENTRE LAS OBRAS E INVESTIGACIONES JURÍDICAS REALIZADAS Y PUBLICADAS, CONSTAN:

- *Fundamentos del Derecho Penal en el Ecuador*
- *La Teoría del Delito en el Ecuador*
- *Aspectos Criminológicos y Penales de la corrupción en la contratación pública en el Ecuador. 2016.*
- *Estado Neo Constitucional, la Culpabilidad Penal y los Waorani: La motivación Penal desde lo Constitucional.*
- *Aspectos Criminológicos de la corrupción en la contratación pública en el Ecuador: años 2009 a 2012.*
- *¿Tienen derechos fundamentales las personas Jurídicas en el Ecuador?.*
- *El problema de la inconstitucionalidad de la omisión impropia del Código Orgánico Integral Penal.*
- *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de la Unión Europea y de Latinoamérica.*
- *La autoría mediata mediante el dominio de los aparatos de poder en la arquitectura de la corrupción en el Ecuador.*
- *Informe de la Comisión de Veedores de la Mesa de la Verdad y Justicia: por los derechos de los ex judiciales destituidos por el Consejo de la Judicatura.*
- *Previsiones procesales para un compliance basado en el modelo de responsabilidad penal en el Ecuador.*



El problema de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Ecuador, constituye una de las mayores novedades que se introdujeron a raíz de la expedición del Código Orgánico Integral Penal en marzo de 2014. Pero también constituye uno de los ámbitos de mayor complejidad y menor desarrollo dogmático, debido a la adopción de un sistema vicarial de responsabilidad corporativa y a la falta de un estatuto específico que permita a los operadores de justicia contar con las directivas adecuadas que atienda en lo mínimo las exigencias controladoras de la intervención penal.

Ante este vacío jurídico referencial de un sistema de imputación que termine con el viejo aforismo “societas delinquere non potest”, acudimos a la experiencia y a los esfuerzos dogmáticos emprendidos —principalmente— por la doctrina española que luego de varios años de vigencia de un modelo cuasi vicarial, ha ido evolucionando, luego de las reformas de 2015, hacia un modelo de responsabilidad propia con énfasis en los criterios de imputación por defecto estructural como hecho propio de la persona jurídica.

Dr. Mauricio Enrique Pacheco

ISBN: 978-9942-38-839-1

