CAPÍTULO XXII

LA IMPUTABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: CASO ECUADOR

Jorge Núñez Grijalva

Abogado, Universidad Nacional de Loja. Magíster en Gestión Estratégica Empresarial (Mba), Universidad Técnica de Ambato. Magister en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha. Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Económico (GIDE), de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: jnunez@pucesa.edu.ec. <https://orcid.org/0000-0001-5335-1160>.

María Daniela Núñez Viera

Abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Master en Comercio Internacional y Relaciones Internacionales, Università degli Studi di Palermo. Máster (c) en Administración de Empresas, Universidad Politécnica de Madrid. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Económico (GIDE), de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: daninu_v@otmail.com.

Resumen

El documento aborda la antigua y dilatada discusión jurídica respecto a la posibilidad de imputar penalmente a una persona jurídica, el cual hasta hoy no posee un consenso definitivo. No obstante, el marco jurídico internacional exige a las naciones adecuar sus sistemas jurídicos para facilitar el control de la delincuencia organizada transnacional, la cual utiliza personas jurídicas para cometer diversidad de delitos. A este respecto, con el advenimiento en Ecuador del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) en febrero de 2014, y la inclusión de la imputación penal de las personas jurídicas en el sistema jurídico nacional, el país se puso a tono con estas exigencias para combatir el crimen organizado. Sin embargo, existe la duda de que esta figura pueda ser mal utilizada, quizá para deslindar de responsabilidad penal a las personas naturales que gobiernan a la persona jurídica, dejando en la impunidad a los verdaderos delincuentes que utilizan a las personas jurídicas solamente de fachada.

Palabras clave: imputación penal, persona jurídica, delincuencia organizada.

CRIMINAL IMPUTABILITY OF LEGAL PERSONS: CASE OF ECUADOR

Abstrac

The document addresses the long-standing and long-standing legal discussion regarding the possibility of criminally charging a legal person, which until today does not have a definitive consensus. However, the international legal framework requires nations to adapt their legal systems to facilitate the control of transnational organized crime, which uses legal persons to commit a variety of crimes. In this regard, with the advent in Ecuador of the Comprehensive Organic Criminal Code (hereinafter COIP) in February 2014, and the inclusion of the criminal charge of legal entities in the national legal system, the country was in tune with these requirements to fight organized crime. However, there is a doubt that this figure can be misused, perhaps to delimit the natural persons who govern the legal entity from criminal responsibility, leaving the true criminals who use the legal persons only as a front in impunity.

Keywords: criminal charge, company, organized crime.

Proyecto de investigación

“La Responsabilidad Penal Corporativa en Ecuador”, actualmente en desarrollo con auspicio del Grupo de Investigación en Derecho Económico (GIDE) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, y del Bufete Núñez & Viera, a los cuales pertenecen los autores.

Introducción

A continuación, se estudia el problema de la aplicación de la normativa vigente, que permite la imputación penal de las personas jurídicas en Ecuador. El análisis aquí efectuado aborda una antigua y dilatada discusión jurídica, la cual hasta el momento no ha alcanzado un punto de consenso a nivel internacional, respecto a si es posible la imputación penal de una persona moral (jurídica). No obstante, existe un amplio marco jurídico internacional que exige a las naciones, desde hace varios años atrás, adecuar sus sistemas jurídicos para facilitar el control a la delincuencia organizada local y transnacional que, utilizando personas jurídicas de diversa índole (ej. sociedades mercantiles o sociedades civiles sin fines de lucro), cometía diversidad de delitos ciertamente difíciles de identificar, comprobar y sancionar.

Es por esta razón que, con el advenimiento en Ecuador del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) en febrero de 2014¹ y la inclusión de la posibilidad de la imputación penal de las personas jurídicas en el sistema jurídico ecuatoriano, el país se puso a tono con las exigencias de corriente internacional de combate al crimen organizado; no obstante, y en la búsqueda de que en un estado de derechos y justicia, esta figura pueda ser mal utilizada, quizá para deslindar de responsabilidad penal a las personas naturales que gobiernan a la persona jurídica, lo que hace necesario profundizar en el análisis de la real aplicación que se la ha dado a la misma en el pasado y la que podría dársele en el futuro.

Fundamentación teórica

La responsabilidad penal.- A nivel doctrinario, según Sanz (1998, p.305), la responsabilidad penal “se muestra como la responsabilidad jurídica que permanece más cercana, en cuanto estructura y función, a la responsabilidad moral. Teniendo como principal finalidad la de servir como refuerzo de las normas que prescriben o prohíben modelos de conducta”. De otra parte, para Vaca (2009, p.402), quien asume una responsabilidad penal en cuanto es un sujeto que vive en una sociedad regida por normas, “debe responder por ello, y asumir todas las consecuencias que se deriven de su accionar dañino o peligroso”.

En base a lo expuesto, en un intento por definir la responsabilidad penal podríamos decir que esta es la consecuencia jurídica que se produce cuando un sujeto ha cometido un hecho tipificado como contrario al orden jurídico en una norma de carácter penal, y por lo tanto factible de punición. Al respecto, todas las acciones humanas ejecutadas de forma voluntaria, que lesionen o produzcan riesgo de lesionar a un bien protegido por un ordenamiento jurídico determinado (v.gr. la vida, la integridad física, la libertad, los bienes materiales, la paz, el orden público, entre muchos otros), generan responsabilidad penal para quien la cometió.

La responsabilidad penal se sanciona mediante la imposición de una pena, la cual puede ser de variada índole; sea esta privativa de libertad (ej. prisión), mediante una pena restrictiva de otros derechos personales (ej. el derecho a conducir vehículos a

¹ El Código Orgánico Integral Penal, fue promulgado el 10 de febrero de 2014, mediante el Registro Oficial N.- 180; y, entró en vigencia el 10 de agosto de 2014, luego de 180 días de su promulgación.

motor) o mediante una sanción económica (ej. multa). Al cometerse un hecho punible penalmente, a más de las responsabilidades penales implícitas, también se derivan responsabilidades civiles, siendo las dos diferentes e independientes entre sí. Así por ejemplo, el Código Penal Español, Art. 116, num. 1, determina que “toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”. (p. 42).

La sanción de la responsabilidad penal no pretende reponer o compensar a la víctima del delito cometido, sino que busca sancionar al culpable y su resocialización, haciendo lo posible para que este se rehabilite y no vuelva a cometer este u otro delito tipificado en la ley penal; mientras que la sanción de la responsabilidad civil sí pretende compensar a la persona afectada en su bien jurídico, a través de resarcirle económicamente el daño y las pérdidas generadas por el hecho dañino y por el delincuente. Cabe recordar que la responsabilidad civil puede ser de dos clases: i) contractual; y, ii) extracontractual.

Respecto al ámbito del presente estudio, las responsabilidades civiles generadas por el cometimiento de un delito penal en el ámbito corporativo recaen en aquella denominada extracontractual, debido a que esta ha sido generada por el cometimiento de un acto no permitido por la ley, que lesiona los intereses privados de la persona afectada, y en el cual se ha visto involucrada una persona jurídica. No obstante esta diferenciación, en la práctica las dos podrían conllevar a sanciones de índole pecuniaria (económica), a lo cual siempre será necesario profundizar en sus respectivas diferencias para evitar posibles confusiones.

En este sentido, se requiere señalar que: i) tienen finalidad distinta, ya que la responsabilidad penal sanciona el cometimiento de un delito, mientras que la responsabilidad civil repara el daño ocasionado; ii) la cuantía de la sanción económica se calcula con enfoques diferentes, ya que la multa de la responsabilidad penal se calcula considerando la gravedad del delito cometido, mientras que la multa de la responsabilidad civil se calcula en base a la cuantificación de los daños ocasionados; y, iii) el destinatario de la multa es distinto, así la multa de la responsabilidad penal tiene como destinatario al Estado, mientras que la multa de la responsabilidad civil es entregada a la víctima del daño.

Retomando el análisis de la responsabilidad penal, en esta ocasión desde el ángulo normativo, en Ecuador según el Art. 18 del COIP, se define la infracción penal como “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”; y según el Art. 19 del mismo cuerpo legal, la infracción penal se clasifica en, “delitos y contravenciones”; siendo el delito, “la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días”; y, la contravención, “la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días”. (p.10)

La persona jurídica.- Aunque los romanos no crearon la figura de la persona jurídica, sí es posible observar la existencia de una fuente primaria de la misma en el tratamiento jurídico que le dieron a colectivos, como por ejemplo los municipios (y a otros modelos de organización pluripersonal), entendido este colectivo o corporación (*universitas*) como un sujeto distinto a la mera suma de los miembros que lo componían, y al que de manera expresa le eran reconocidos determinados derechos subjetivos. (Pérez, 2013). Para Bacigalupo (1998, p.44), el *municipum* puede ser considerado “como las raíces más profundas de la importante evolución que va a tener este tema (de la persona jurídica) en la Edad Media”.

En continuación de este lejano y ciertamente indirecto inicio de la persona jurídica en el mundo romano (vista como un ente colectivo organizado), la doctrina le atribuye al Derecho Canónico la creación del aforismo *societas delinquere non potest*², surgida en el siglo XIII del pensamiento de Sinibaldo De Fieschi (Papa Inocencio IV) .(Pérez, 2013, p.63), entendida como la imposibilidad de que las sociedades puedan delinquir, y por lo tanto, la derivada imposibilidad material de imponerle castigos físicos o personalísimos. Recordemos que esta situación surgió debido a que en el Concilio de Lyon (1.245), se presentó el problema de si la *universitas*³ podía o no ser excomulgada. Al respecto, el Papa Inocencio IV en un decretal resolvió declarando que la *universitas* es ficción que goza de existencia ideal incorpórea, pero no obra por sí misma, “por lo que no puede cometer actos ilícitos y tampoco ser excomulgada, que es pena moral aplicable

² *Societas delinquere non potest*, locución latina que significa “las sociedades no pueden delinquir”. Este principio, vinculado al Derecho Penal, sostiene que una persona jurídica no puede cometer delitos en vista de carecer de voluntad propia, es decir, por carecer del elemento subjetivo susceptible de contener dolo en su accionar.

³ La *universitas* era entendida como la agrupación de personas en un solo cuerpo de índole colectiva, factible de organizarse, actuar de manera conjunta bajo principios u objetivos de interés común y de ser representada por una persona natural (física) autorizada a este efecto por el mismo cuerpo colectivo o corporación.

solo a los seres humanos” (Saravia, 2005, p.3). De esta forma, la Iglesia Católica fue la primera en admitir que existían (a parte del Estado) agrupaciones dotadas de autonomía jurídica. Dada esta circunstancia, fue entonces que el Derecho Canónico les revistió a los colectivos o *universitas* de una forma jurídica a este propósito, habiendo sido la primera en emplear el término ‘persona’ (entiéndase jurídica) para nombrar a estos gremios.

Para Etcheverry (1996, p.51), esta noción de persona ficta creada por Inocencio IV permitió reemplazar las ideas romanas de *corpora* y *universitas*, la cual se fortaleció con el paso del tiempo, cuando el Papa Juan Pablo II promulgó el Código de Derecho Canónico, el cual en el Libro I De las Normas Generales, Título VI: De las Personas Físicas y Jurídicas, Capítulo II: De las Personas Jurídicas, de manera amplia y precisa emite regulaciones respecto de la persona jurídica.⁴ La resolución canónica posibilitó el tratamiento de toda clase de *universitas* (cuerpo de representación colectiva) como una persona jurídica, indistintamente de su objeto social (su propósito existencial), haciendo posible el que en adelante, se le dé a este cuerpo colectivo el tratamiento jurídico de ‘persona’, y por tanto, titular de derechos y obligaciones.

Con el paso del tiempo, se sucedieron una serie de acontecimientos muy importantes para el mayor desarrollo y consolidación del concepto de persona jurídica, tal y como hoy la conocemos, como por ejemplo los aportes de Hugo Grocio (la noción de persona moral), el de Puffendorf (quien proporcionó una concepción organicista de la persona jurídica), y finalmente el punto culminante de esta doctrina se obtuvo con el aparte de Otto Von Gierke (quien se basó en el componente sociológico o fáctico de la personalidad), (citado en Junyent y Efrain, 2009, p. 6)

Posteriormente, aparece la teoría de la ficción creada por Federico Von Savigny, en la cual la persona jurídica no es más que una ficción creada por el hombre para alcanzar ciertos fines jurídicos que individualmente le serían complejos de hacer (De Savigny, 2009, s/p). Así, el concepto propuesto dejaba en claro que las personas jurídicas son seres ficticios dotados de una capacidad artificial, existente solo en el mundo legal, pero con consecuencias absolutamente factibles de ser materializadas al mundo real y objetivo. Además, también dejaba claro la existencia de dos clases de personas jurídicas: unas creadas de manera previa como por ejemplo, los estados nacionales y otras que

requieren de autorización estatal para su creación, como por ejemplo, las corporaciones civiles o mercantiles (compañías). El pensamiento de Savigny se incorporó al Derecho Civil, teniendo hasta hoy vigencia en los diversos ordenamientos jurídicos (ej. Código Civil de Ecuador).

A continuación, otros pensadores profundizaron el análisis de la persona jurídica desde un enfoque normativista, como por ejemplo Hans Kelsen, quien mediante la aplicación de la lógica jurídica puso en relieve la naturaleza auxiliar del concepto de 'persona jurídica', basado en el hecho de que en la vida real no existen otros sujetos de derecho que no sean los seres humanos (personas físicas), por lo que al referirnos a la persona jurídica como un órgano pluripersonal creado bajo una ficción jurídica (ej. una sociedad mercantil), es indispensable tener presente que los deberes y derechos que posee, le han sido impuestos o concedidos, respectivamente, en función del ordenamiento jurídico vigente, (Hans, 1941).

En sentido parecido, Tulio Ascarelli (citados en Junyent y Efrain, 2009) resaltaba que la personalidad jurídica no presupone una determinada realidad subjetiva, sino que constituye una hipótesis técnica de una normativa que siempre corresponde a relaciones entre hombres y lo actos de éstos, por lo que no encuentra correspondencia en un dato prenормativo. De esta manera, la persona jurídica es una creación legal que representa un centro de imputación diferente a quienes la instrumentaron, creación que dada su condición está confinada al campo jurídico, siendo entonces producto de una realidad lógica-formal de puro contenido normativo (Junyent y Efrain, 2009). De esta forma, la figura de la persona jurídica poco a poco fue siendo aplicada al ámbito de los negocios, concretamente al Derecho Mercantil, en el cual se utilizó para facilitar la creación y operación de sociedades de capital, que ejercían sus actividades por tierra y mar. Es en este contexto, donde nace la idea de las sociedades mercantiles colectivas o pluripersonales, constituidas sobre la base de la *affectio societatis* (afecto y confianza) existente entre sus asociados (personas naturales o jurídicas), quienes de manera solidaria están dispuestos a ejecutar actos de comercio de forma conjunta, repartirse los gananciales o cubrir las pérdidas de este ejercicio empresarial, y ser representadas por una persona física que actúa a nombre del colectivo (persona jurídica).

Algunas de estas sociedades de comercio, alcanzaron la potestad otorgada por la Ley, de limitar la responsabilidad de los socios individualmente considerados (personas naturales) al valor de los aportes que poseía cada uno en el ente colectivo (persona jurídica), el cual se poseía derechos, responsabilidades y patrimonio diferente al de sus socios, denominando a esta variante como sociedades mercantiles de “responsabilidad limitada”.

Es así, que esta nueva forma de “organización corporativa”, genera un incremento del tráfico mercantil, habiendo sido el primer tipo de sociedad mercantil, la sociedad en comandita, incorporada al Código de Comercio Francés en el año 1807. A partir de este momento, se impulsó ampliamente la articulación de sociedades por acciones, especialmente a consecuencia del descubrimiento de América, debido a la necesidad de facilitar el comercio y acumular capitales, a la vez de limitar la responsabilidad de los socios.

Posteriormente, se intensificó el fenómeno de la expansión societaria a nivel mundial, especialmente mediante la promulgación de la Ley de Sociedades de Francia en el año 1867, hito que marcó el inicio del predominio de la sociedad anónima como la principal especie de compañía en el ámbito de los negocios, sobre todo debido a que se eliminó el requisito de autorización estatal previa para la constitución de esta clase de sociedad, situación que se mantiene hasta hoy en la mayor parte de legislaciones societarias a nivel mundial.

Metodología

Mediante la aplicación del método analítico-crítico, el documento desarrolla un análisis doctrinario y normativo del tema planteado, aplicando este método por ser el más adecuado a efectos del análisis jurídico planteado. Este método lo definen Lopera et al., (2010) como un método científico aplicado al análisis de los discursos que pueden tener diversas formas de expresión, tales como las costumbres, el arte, los juegos lingüísticos y, de manera fundamental, la palabra hablada o escrita, por lo que se adecua a la perfección al análisis e interpretación de los documentos legales.

Resultados

Análisis del marco jurídico regulatorio de las personas jurídicas

La figura de la imputabilidad penal de las personas jurídicas.- Cabe iniciar con la pregunta que desde el siglo XIII ha generado amplia polémica en el mundo jurídico: ¿pueden las personas jurídicas ser imputadas penalmente?. Como se conoce, esta pregunta y sus posibles respuestas, sin lugar a dudas constituyen los motores que han impulsado uno de los desarrollos de mayor amplitud y riqueza doctrinaria, normativa y jurisprudencial en la historia del Derecho.

Retomando la pregunta planteada, es necesario anticipar que la misma tiene dos posibles respuestas, las cuales dependerán de los diferentes puntos de vista existentes al interior de este antiguo y profundo debate generado en el campo del Derecho Penal, alimentado por los cambiantes contextos social, político y jurídico que se han sucedido a través de los siglos. De esta manera, para Zaffaroni, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es muy antiguo, el cual tuvo especial vigencia cuando nació el interés por el llamado Derecho Penal Económico, siendo por lo tanto, un “tema de discusión de mediados de siglo pasado -en que la responsabilidad solía fundarse con argumentos kelsenianos-, de modo que no constituye ninguna novedad en el campo de la parte general del derecho penal”. (Zaffaroni, 2005, p.147).

En respuesta a la misma pregunta, algunos autores como Muñoz y García (2010) piensan que las personas jurídicas no pueden delinquir, al mirar como un principio general el aforismo jurídico *societas delinquere non potest*. De otra parte, están aquellos que defienden la efectiva imputación penal de las personas morales, basados especialmente en motivos de índole social, ligadas al control estatal del crimen organizado de índole nacional o supra nacional. Empecemos a desagregar cada una de estas posiciones en aparente oposición.

Iniciemos por la segunda. Respecto a la afirmativa imputación penal de las personas jurídicas, uno de sus argumentos principales tiene relación con que dentro de la moderna dinámica de los negocios, en los diversos países se ha configurado un escenario económico que, en palabras de Barona (2014,), va más allá del empresario individual

o de las personas físicas que las representan, “asumiendo la realidad de una creciente actividad económica delictiva que supera la posible responsabilidad de la persona física y que implica a la persona jurídica como tal”, (p.54).

Para Coaña (2015), la globalización de mercados ha generado la aparición de empresas multinacionales y de organizaciones financieras que han desplegado una actividad económica que, en determinados casos, puede desembocar en la comisión de diversas actividades ilícitas que escapan de la concepción clásica del Derecho Penal, lo cual ha hecho necesario el replanteo del modelo de política criminal internacional para combatir esta problemática y, por supuesto, del modelo de teoría del delito con que sería factible imputar un delito a una persona moral. Ejemplos de esta conducta delictiva de las corporaciones, tenemos en los sonados casos de Madoff Investment Securities⁵ y Enron Corporation⁶, en Estados Unidos, así como en los casos Banco del Progreso⁷ y Banco Filanbanco, en Ecuador, o en el más reciente de Odebrecht en Estados Unidos y otros diez países de América Latina, entre ellos Ecuador⁸.

Para reforzar esta posición, según el pensamiento de Enrique Bacigalupo (citado por Nava 2012), unas de las consecuencias directas del estado de crisis económica que vive Europa y el mundo, se ve reflejada en un aumento en la regulación que hace el Derecho Penal respecto de la responsabilidad de la empresa y de sus directivos, situación que ya

⁵ Bernard Madoff era el Director de Madoff Investment Securities, empresa fuertemente posicionada y reconocida dentro del sistema financiero norteamericano, fue apesado en 2008 acusado de haber obtenido de manera fraudulenta ganancias que bordeaban los USD 50.000 millones, utilizando el conocido método de fraude financiero de la Pirámide Ponzi. Fuente: Blogharorro, *El caso Madoff*, 2016, p. 1, <https://www.blogharorro.com/2008/12/16/el-caso-madoff/1837/>, recuperado el 1 de abril de 2016

⁶ El caso relacionado a la quiebra fraudulenta de Enron Corporation, generó daños de aproximadamente USD 70 billones a una gigantesca red de perjudicados, constituyendo tal vez el mejor ejemplo contemporáneo de la criminalidad económica corporativa y su estrecha vinculación con el poder político y la corrupción en dicho entorno. Fuente: Ibarra Francisco, *ENRON o érase una vez los Estados Unidos*, en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2456/4.pdf>, con fecha 1 de abril de 2016.

⁷ El caso Banco del Progreso en Ecuador y su quiebra declarada judicialmente como fraudulenta (debido principalmente a una gestión poco transparente de su principal directivo y accionista, Fernando Aspiazu), facilitada a su vez por la negligencia manifiesta de la Superintendencia de Bancos de Ecuador, al no detectar a tiempo los problemas financieros por los que atravesaba el Banco, es uno de los más importantes de la historia nacional. En lo principal, la quiebra en 1999 y las principales ilegalidades en la gestión del banco, se relacionaron con el otorgamiento de créditos a empresas vinculadas al propio Banco, por USD 550 millones, lo que representaba 200% más de lo permitido por la Ley de Instituciones Financieras de 1994, que le autorizaba solamente a otorgar bajo esta modalidad hasta USD 60 millones (el 60% de su capital). A esto se suma el otorgamiento de créditos a 331 “empresas fantasmas”, las cuales recibieron USD 533 millones. Fuente: Bravo Fernando, “Caso Banco del Progreso”, en *Revista Economía y Negocios*, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 2 – 13, recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127315/cj1%20Banco%20Progreso.pdf?sequence=1>, con fecha 1 de abril de 2016.

⁸ Respecto a Ecuador, luego del respectivo proceso judicial, el 13 de diciembre del 2017 Ecuador logró la primera sentencia por un caso de corrupción que involucra a la constructora brasileña Odebrecht. Los jueces de la Corte Nacional de Justicia confirmaron que la compañía obtuvo contratos con el Estado a través del pago de coimas a exfuncionarios y empresarios. Ocho personas fueron sentenciadas ese día, entre ellos el entonces Vicepresidente de la República, Ing. Jorge Glas Espinel, quien a la fecha guarda prisión (por seis años) tras haberse determinado por parte de la Fiscalía General del Estado, que el Vicepresidente tuvo un “papel principal” en el entramado de corrupción, abusando de su alto cargo político para asociarse ilícitamente con José Concençiao Santos, exdirector de Odebrecht-Ecuador, quien le entregó coimas del 3% y 5% en las mega construcciones contratadas con el Estado Ecuatoriano. Fuente: Diario EL COMERCIO, *Tres sentenciados por el caso Odebrecht ya están libres; otro murió con covid-19*, edición del 25 de agosto de 2020; recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/sentenciados-odebrecht-libertad-ecuador-corrupcion.html>, con fecha de agosto de 2020.

muestra indicios de convertirse en tendencia global. Ejemplo de esto se puede observar en las reformas 2010 y 2015 del Código Penal Español (Ley Orgánica 5/2010), que mediante su Art. 31 bis introdujo en España el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Ley chilena 20.393 de 2009, o tal vez, el Código de Procedimientos Penales de México de 2009 (reformado en 2014).

Al respecto, tomando como ejemplo al Código Penal Español vigente (reformado 2015), cabe decir que este es especialmente amplio en su propósito de vincular con la infracción penal cometida, a la mayor cantidad posible de personas, sean éstas jurídicas o naturales. En lo referente a las personas naturales, abre el juego a la posibilidad de que éstas puedan ser responsabilizadas personalmente, ya sea que actúen en calidad de “administrador de hecho o de derecho” de la persona jurídica imputada, o tal vez “en nombre o representación legal o voluntaria de otro”, es decir, involucra a administradores, factores y mandatarios. En lo referente a las personas jurídicas, la norma incorpora el concepto doctrinario de la “responsabilidad penal directa” para las personas jurídicas, según el cual no es necesario que previamente hayan sido imputadas y procesadas las personas naturales vinculadas a ellas (v.gr. representantes legales, factores, mandatarios), teniendo entonces la posibilidad de que coexistan al mismo tiempo las dos clases de imputaciones penales, a saber, de la persona/s física/s y de la persona moral, en vista de que ambas corren autónomamente y en paralelo, tal como manifiesta González (2013).

En este último aspecto, la norma incorpora también la responsabilidad penal de la persona jurídica derivada de los actos cometidos por sus empleados, cuando el delito se haya cometido, “por haberse incumplido gravemente por aquéllos (los empleados) los deberes de supervisión, vigilancia y control de sus actividades, atendidas las circunstancias del caso”. Sin embargo, en la práctica, esto debería ser analizado con mayor detenimiento, debido a que no se puede considerar que todo incumplimiento de parte de los encargados de la administración o de los empleados, pueda traducirse en una responsabilidad de índole penal (ej. incumplimiento no recurrente de retraso en la entrega de información a las autoridades de control societario); es decir, debería de tratarse de incumplimientos muy graves y con ánimo doloso, para poder ser considerados imputables penalmente (ej. llevar doble contabilidad en una compañía con el objeto de evadir impuestos).

Cabe resaltar que si la persona jurídica puede eventualmente ser procesada penalmente por acciones u omisiones de sus empleados en el inadecuado ejercicio de sus deberes de supervisión, vigilancia y control, es necesario que en aplicación del valor jurídico de la justicia, la misma persona jurídica tenga la posibilidad de excepcionarse, diferenciando las obligaciones personales no cumplidas (ej. por sus administradores o empleados) de las obligaciones institucionales no cumplidas. En estos casos podrían actuar en defensa de la persona jurídica, por ejemplo, colegiados como el Directorio (en el caso de una sociedad civil) o la Junta General de Socios o Accionistas (en el caso de una sociedad mercantil).

Sin embargo, la norma penal española en análisis no puede ser calificada como demasiado rígida, ya que precisamente en relación a lo dicho en el párrafo anterior, incluye una extensiva lista de posibles atenuantes a ser aplicadas para excepcionarse, por parte de las personas jurídicas. Dentro de estas posibles atenuantes, llama la atención el mencionado en el numeral 4. del Art. 31 bis, que abre la posibilidad de excepción en caso de que la persona jurídica, antes de la comisión del delito, haya “adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”, es decir, que disponga y haya aplicado preventivamente lo que actualmente se conoce como un modelo de *compliance*⁹.

Luego de este análisis de quienes están a favor de la imputación penal de las personas jurídicas, en el otro lado se encuentran quienes sostienen lo contrario. Esta posición, empieza por analizar el tema de estudio frente a la conocida teoría del delito, para lo cual es menester tener presente que la teoría del delito se basa en diversos elementos conceptuales que le permiten desarrollarse en la práctica, determinando previamente, la presencia o ausencia de elementos constitutivos de un tipo penal específico, al interior de las diversas manifestaciones del comportamiento humano en sociedad.

⁹ El vocablo anglosajón *compliance*, es entendido en Español como un “programa de cumplimiento normativo”, que se aplica dentro de una organización con el propósito de asegurar, que la entidad cumpla con todas las exigencias derivadas de las normas legales (y morales) vigentes dentro de una determinada jurisdicción territorial, evitando de esta manera que la organización incurra en infracciones de diversa índole; y, por lo tanto, propiciando el crecimiento de la organización basado en eficacia, eficiencia, rentabilidad y sostenibilidad de largo plazo. Un esquema de *compliance*, se compone de un conjunto de políticas internas, con énfasis en prevención, cuyo cumplimiento asegura el correcto desarrollo de los elementos del proceso administrativo de la organización (planificación, organización, dirección, comunicación y control), que eviten el incurrir en malas prácticas empresariales, y de esta forma, aseguren el alcanzar los objetivos organizacionales previstos. En otras palabras, *la compliance* tiene relación con el modernamente llamado “buen gobierno corporativo”, el cual por supuesto, forma parte importante del “modelo de gestión empresarial” que una entidad adopte.

Al respecto, Zaffaroni (1991, p.333) menciona que” la teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto”. Además, la teoría del delito “sirve para verificar si están dados los elementos del delito para requerir a los tribunales o jueces penales una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado” (Zaffaroni et al., 1985, p. 288). Respecto del delito, es menester analizar sus elementos, para lo cual recordando a Hans Welzel, podemos determinar que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, son los tres elementos que convierten a la acción en un delito (Hans, 1956, p. 43) lo cual coincide con el Art. 18 del COIP ecuatoriano. (Asamblea Nacional, COIP, p.38)

Tal como se menciona, la posible conducta penal atribuible a una persona jurídica debe primeramente estar tipificada en una norma sustantiva penal, considerarse (y por tanto demostrarse) antijurídica y, además, verificar que previamente no hayan existido posibles vías de excepción a favor de la persona jurídica imputada. Por lo tanto, si no se reúnen estos tres prerequisites, la conducta de una persona jurídica no puede ser declarada imputable penalmente.

Para Alfonso Zambrano Pasquel, al delito lo podemos definir como la conducta típica y antijurídica, y reservamos la afirmación de la *culpabilidad* para el autor o dueño de ese acto típico y antijurídico. (Zambrano, 2014). En la misma línea, Zaffaroni manifiesta que “para reprocharle una conducta a su autor (es decir para que haya culpabilidad) se requiere que este haya tenido la posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de su conducta y que haya actuado dentro de un cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio [...] (Zaffaroni et al., 1985, p.516).

Por lo expuesto, está claro que una persona jurídica está desprovista de inteligencia y por lo tanto de la capacidad de discernir entre el bien y el mal, las cuales son características exclusivas de la persona humana. Siendo así, la persona jurídica no está, por sí sola, en real capacidad de tomar y ejecutar decisiones a voluntad, mismas que para ser imputadas penalmente deberían evidenciar la existencia de la intensión positiva de causar daño a alguien o a algo,¹⁰ por lo que se puede deducir que una persona jurídica,

¹⁰ Como sabemos, las infracciones penales provienen de actos u omisiones imputables. A su vez, estas acciones se clasifican en

por su misma esencia ficticia e inmaterial, no puede delinquir por sí sola, obedeciendo simplemente las decisiones de las personas naturales que la gobiernan.

Sin embargo, lo cierto es que a nivel mundial varios países¹¹ han incorporado en sus respectivos ordenamientos la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (entre ellos Ecuador), como parte de una tendencia global al respecto. Por otra parte, es necesario tener presente que a nivel de organismos internacionales (ej. ONU) se han desarrollado diversos acuerdos con este propósito, como por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos; y, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual en su Art. 10, referente a la responsabilidad de las personas jurídicas, dispone en lo principal, lo siguiente:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención.
2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.(ONU, 2000).

Es necesario reconocer la necesidad de una normativa supranacional que facilite el combate al crimen organizado, el cual emplea a las personas jurídicas como medios para delinquir en los diversos ámbitos del mundo empresarial, creando en muchos casos sociedades mercantiles 'de papel' (es decir, ficticias), con el objetivo de camuflar el tráfico ilícito de diversa índole (drogas, armas, seres humanos, blanqueo de capitales, entre otros); al igual que el cometimiento de actos de corrupción cometidos por sociedades mercantiles con muchos años de creación e incluso poseedoras de un aparentemente sólido prestigio y posicionamiento en el mercado (ej. Odebrecht).

infracciones: i) dolosas, las cuales comprenden a los denominados delitos intencional y preterintencional; y, ii) culposas, las que abarcan jurídicamente al delito inintencional.

¹¹Por ejemplo, en Europa, Inglaterra, Escocia, Irlanda, Holanda, Dinamarca, Noruega, Bélgica, Francia, Suiza y España. En Norteamérica, Estados Unidos y Canadá. En América Latina, México, Chile y Ecuador; además de otras naciones como Japón y Australia.

La imputación penal de las personas jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano

Cuando el COIP en 2014 incorporó la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se puso a tono con las normas internacionales similares, permitiendo así que las personas jurídicas de derecho privado pueden ser sujeto de responsabilidad penal (excluyendo al Estado y sus diversos órganos y organismos). Al respecto, el COIP en sus Arts. 49 y 50, en lo principal dispone que:

Art. 49.- 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 (...).

Art. 50.- 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 (p.13-14).

Como podemos observar, mediante el COIP el Estado cambió radicalmente el tema en el país, ya que en el antiguo Código Penal ecuatoriano (sustituido por el COIP), las personas jurídicas eran inimputables penalmente.

Sin embargo, la propia ley penal contempla ciertas excepciones para la imputabilidad de las personas jurídicas, lo cual es necesario para evitar que las personas naturales abusen de esta normativa, y quieran inculpar de sus personalísimos actos ilícitos, a la persona jurídica. Y es precisamente esta posibilidad que se acaba de mencionar, lo que torna delicado el tratamiento de este nuevo tipo penal, ya que mal utilizado podría convertirse en un medio para la impunidad y la injusticia, sancionando quizá a inocentes (ej. personas jurídicas) y dejando sin sanción a los verdaderos culpables (ej. personas naturales infractoras). Finalmente, y en relación al tema de estudio expuesto en el presente documento, también cabe la mala utilización de este tipo penal, como 'arma' para amedrentar y perseguir a los opositores políticos de un determinado gobierno, situación absolutamente reprochable desde el Estado de Derechos y Justicia imperante en Ecuador y en cualquier nación democrática.

Conclusiones

Una persona jurídica es un ente ficticio y por lo tanto intangible, desprovista de raciocinio y voluntad propia, lo cual lógicamente le impide exteriorizar conductas dolosas o culposas por sí misma. Por lo tanto, no es posible imputarla penalmente por sí sola, sin observar al mismo tiempo la conducta de las personas naturales que gobiernan a la persona jurídica.

Las personas jurídicas, en diversas ocasiones son utilizadas por quienes las controlan, dirigen o administran, para la comisión de una diversidad de delitos tanto en la esfera nacional como internacional, lo cual ha conllevado a que cada vez más, desde el derecho internacional, se exija la incorporación de normas expresas que posibiliten su efectiva imputación penal, en defensa de los derechos fundamentales de las personas y de la sociedad.

De cara al presente y al futuro, tendrá importancia gravitante en el procesamiento penal de una persona jurídica, el determinar en primer lugar la posible conducta antijurídica de las personas naturales que la controlan, dirigen o administran, en base a la materialización de infracciones contenidas en alguno de los tipos penales de la norma positiva.

Actualmente en Ecuador una persona jurídica si puede ser imputada penalmente, en base a lo dispuesto expresamente por los Arts. 49, 50 y 71 del COIP, vigente desde el año 2014; y además, en base a la jurisprudencia creada por la sentencia de máxima instancia (Corte Nacional de Justicia); figura que adecuadamente aplicada, podría convertirse en una potente arma en la lucha contra el crimen organizado, el cual ciertamente utiliza personas jurídicas para cometer diversidad de delitos.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución Política de la República del Ecuador*: Montecristi, Registro Oficial N.- 449, 20 de octubre de 2008.

Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal -COIP-*, Quito, Registro Oficial N.- 180, 10 de octubre de 2014.

Bacigalupo, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998.

Barona, S. (2014). *La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación en España, en La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia, Tirant Lo Blanch.

Blogahorro (2016). *El caso Madoff*. recuperado de: <https://www.blogahorro.com/2008/12/16/el-caso-madoff/1837/>, con fecha 1 de abril de 2016.

Bravo, F. (2004). “Caso Banco del Progreso”, en *Revista Economía y Negocios*, Universidad de Chile, Santiago, 2004; recuperado de: [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127315/\(6\)%20Banco%20Progreso.pdf?sequence](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/127315/(6)%20Banco%20Progreso.pdf?sequence), con fecha 1 de abril de 2016.

Coaña, L. (2015). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una ficción”, en *Revista El Mundo del Abogado*, N.- 196, México, 2015.

Congreso Nacional. (1971). *Código Penal*, Quito, Registro Oficial N.- 147, 22 de enero de 1971.

Cortes Generales (2015). *Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de marzo 2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal, Artículo único, Boletín Oficial del Estado N.- 77, de 31 de marzo de 2015; recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>, con fecha 29 de marzo de 2016.

De Savigny, F. (2009). *Sistema del Derecho Romano Actual, traducido al Castellano por Jacinto, Mesía/, y Poley, Manuel, II ed, Madrid, Ed. de Góngora; reimpreso en Navarra, Ed. Analecta.*

El Comercio. (2020). *Tres sentenciados por el caso Odebrecht ya están libres; otro murió con covid-19, edición del 25 de agosto de 2020; recuperado de: https://www.elcomercio.com/actualidad/sentenciados-odebrecht-libertad-ecuador-corrupcion.html*, con fecha 25 de agosto de 2020.

Estado Vaticano (2016). *Código de Derecho Canónico, Libro I De las Normas Generales, Título VI De las Personas Físicas y Jurídicas, Capítulo II De las Personas Jurídicas, Promulgado por la Autoridad del Papa Juan Pablo II, Roma, Librería Editrice Vaticana, 25 de Enero de 1983; recuperado de: http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_PC.HTM*, con fecha 17 de octubre de 2016.

Etcheverry, R. (1996). “*La personalidad societaria y el conflicto de intereses*”, en *Anomalías Societarias AAVV, Advocatus, Córdoba, 1996.*

González, J. (2013). “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista de derecho penal y criminología, N.- 4, Madrid, 2013.*

Hans, W. (1956). *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Roque de Palma, Editor.

Jefatura del Estado (2019). *Ley Orgánica 10/1995, Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, última modificación de 2 de marzo de 2019, Madrid.*

- Junyent, B. y Efraín, R. (2009). *Acerca de la persona jurídica, a propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello, V Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 2009.*
- Kelsen, H. (1941). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Losada, 1941.
- Legislatura del Estado de México. (2009). *Código de procedimientos penales para el Estado de México, Decreto N.- 266*, México DF, promulgada el 1 de febrero de 2009 y en vigencia desde el 1 de octubre de 2009; recuperado de: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig004.pdf>, con fecha 29 de marzo de 2016.
- Lopera, J., Ramirez, C., Zuluaga, M. y Ortiz, J. (2010). El método analítico. *Revista de psicología*. Vol 2, No.4. <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpsua/v2n2/v2n2a8.pdf>
- Ministerio de Hacienda de Chile. (2016). *Ley Núm. 20.393, Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho*, Santiago, 2 de diciembre de 2009; recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_ley20393.pdf, con fecha 29 de marzo de 2016.
- Muñoz, F. y García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General, VIII ed, México, Tirant Lo Blanc, 2010.*
- Navas, I. (2012). *Compliance y Derecho Penal. Revista Política Criminal*, Vol. 7, N.-14, Santiago, 2012.
- Organización de las Naciones Unidas. (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Resolución 55/25 de la Asamblea General, Palermo, 15 de noviembre de 2000.

- Pérez, J. (2013). *Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, Murcia, Universidad de Murcia.
- Sanz, A. (1998). *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho, basado en la Tesis titulada Sobre el concepto jurídico de responsabilidad, México, Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, Facultad de Derecho de la UAM*. 1998.
- Saravia, P. (2005). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y el principio “societas delinquere non potest”*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005; recuperado de: www.alfonsozambrano.com/memorias/estudiantes/comision3/Ponencia4.doc, con fecha 17 de octubre de 2016.
- Vaca, R. (2009). *Manual de derecho procesal penal, 3ra. Edición*, Quito, Corporación de estudios y publicaciones.
- Zaffaroni, E. (1991). *Manual de Derecho Penal, Parte general*, México, Cárdenas.
- Zaffaroni, E. (2005). *Reflexiones sobre el Derecho Penal Ambiental. Estudios sobre Justicia Penal*. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Zaffaroni, E. (2005). *Alagia, Alejandro/, Slokar, Alejandro, Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ta. Ed.*, Buenos Aires, Ediar, 1985.
- Zambrano, A. (2014). “*La Teoría del Delito en el COIP*”, en *Revista Judicial derechoecuador.com*, Quito, 19 de mayo de 2014; recuperado de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/05/19/la-teoria-del-delito-en-el-coip>, con fecha 8 de abril de 2016.