

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y *COMPLIANCE*: CASO ECUADOR

*José Roberto Pazmiño Ruiz**
*Juan Francisco Pozo Torres**

Resumen: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance* son temas centrales en el contexto del Derecho penal económico. El presente artículo aborda los argumentos político-criminales de justificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se realiza una descripción de los modelos de transferencia y directo, como sistemas de responsabilidad penal de la empresa; también se hace un análisis de las características principales que posee este régimen de responsabilidad en Ecuador. Se aborda el *compliance* como parte del fenómeno de la autorregulación, que representa el fundamento

* José Roberto Pazmiño Ruiz. Candidato a Doctor en Derecho, por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Derecho penal, por la Universidad de Salamanca. Máster en Derecho penal económico, por la Universidad Rey Juan Carlos. Especialista en responsabilidad de la empresa y *compliance* penal, por la Universidad de Salamanca. Escuela alemana de ciencias criminales y dogmática penal alemana en Georg-August-Universität Göttingen. Abogado, por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Ecuador. Madrid, España. Correo-e: jpazmino@ucm.es

** Juan Francisco Pozo Torres. Candidato a Doctor en Derecho, por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Derecho penal, por la Universidad de Salamanca. Especialista en responsabilidad de la empresa y *compliance* penal, por la Universidad de Salamanca. Abogado, por la Universidad Central del Ecuador. Quito, Ecuador. Correo-e: jpozo01@ucm.es.

Fecha de recepción: 14 de junio de 2019. Fecha de aceptación: 9 de junio de 2020. Para citar el artículo: JOSÉ ROBERTO PAZMIÑO RUIZ Y JUAN FRANCISCO POZO TORRES. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y *compliance*: caso Ecuador", *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 40, n.º 109, julio-diciembre de 2019, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 89-122. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n109.04>

de la responsabilidad penal de la empresa; partiendo de una posible regulación societaria, se analizan los efectos que un programa de cumplimiento puede tener en el ámbito penal: (i) una forma de atenuación de la sanción penal, (ii) una exclusión de la responsabilidad penal, (iii) una forma de reparación integral y (iv) también como un criterio de determinación judicial de la pena.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas; Criminalidad de empresa; Heterorresponsabilidad; Autorresponsabilidad; Programas de cumplimiento; *Compliance*; Autorregulación; Ecuador.

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY AND COMPLIANCE: ECUADOR CASE

Abstract: Corporate criminal liability and compliance are central topics in the context of economic criminal law. This article addresses the criminal policy arguments for corporate criminal liability justification. A description of the vicarious and direct liability model is made as corporate criminal liability systems; also, an analysis of the main characteristics that has this liability regime in Ecuador is performed. Compliance is addressed as part of the self-regulation phenomenon, as a basis for corporate criminal accountability; draw from a corporate regulation, the effects a compliance program can have in the criminal sphere are analyzed, to wit: (i) as a mitigating circumstance in criminal sanctioning, (ii) as defence to criminal liability, (iii) as an integral form of reparation, and (iv) as a framework in sentencing.

Keywords: Corporate Criminal Liability; Corporate Crime; Vicarious Liability; Direct Liability; Compliance Programs; Compliance; Self-Regulation; Ecuador.

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) se ubica dentro de los temas más importantes de la última década en el Derecho penal, y del que todavía falta mucho que discutir, especialmente en el ámbito de la dogmática jurídico penal. La centralidad que ha ganado en las políticas criminales de los Estados contemporáneos se debe a nuevas demandas sociales por el surgimiento de una nueva criminalidad de empresa. Con razón, Nieto Martín, uno de los mayores especialistas en el ámbito, muy acertadamente menciona que “la responsabilidad de las personas jurídicas constituye uno de los temas estrella de la política criminal de comienzos del siglo XXI”¹.

1 Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, p. 37.

En los sistemas jurídicos de cultura continental europea (*civil law*), el Derecho penal, históricamente, se ha configurado sobre la base de la persona física, y por ello se ha negado la RPPJ. Tradicionalmente, se debe a varios planteamientos jurídicos dogmáticos, que se establecen como obstáculos para admitir un tipo de responsabilidad colectiva. En nuestros sistemas jurídicos, la invocación a un postulado ha sido frecuente con la finalidad de excluir de entrada la capacidad delictiva de la persona jurídica; esto es, el principio *societas delinquere non potest*. El mismo mantiene una génesis en el Derecho canónico de la Edad Media, es una formulación doctrinal realizada por el Papa Inocencio IV, con base en la solicitud de excomunión de pueblos, ciudades enteras y corporaciones que se revelaban contra el Papa o el Emperador. Su imposibilidad de excomunión se basa en que la persona jurídica o *ficta* no tiene alma, como la tenía la persona real entendida como ser humano. Las consideraciones de la persona *ficta* del Papa Inocencio IV se impusieron en el Concilio de Lyon de 1215; lo más importante que se desprende de las consideraciones del Papa Inocencio IV es que la persona jurídica (*universitas*) entendida como persona *ficta* despojada de alma, no tiene capacidad de acción ni capacidad delictiva².

El principio *societas delinquere non potest*, ha sido reforzado argumentativamente –por los detractores de la RPPJ– por dos obstáculos dogmáticos: incapacidad de acción e incapacidad de culpabilidad de la empresa.

El concepto de acción es uno de los principales presupuestos sobre los cuales se asienta un sistema de responsabilidad penal construido para las personas físicas, el mismo que se lo ha entendido desde una estructura de injusto personal. Tradicionalmente, la doctrina penal ha negado que el colectivo o persona jurídica tenga esta capacidad, ya que el contenido de este concepto mantiene componentes psíquicos y ontológicos; si este es el punto de partida, inevitablemente se va a llegar a negar y no habrá cabida para dotarle de relevancia penal a la empresa³.

Por parte del ordenamiento jurídico, las personas jurídicas son consideradas como sujetos de Derecho, con capacidad de acción para celebrar negocios jurídicos de cualquier tipo, adquirir derechos, firmar contratos, concurrir a concursos, y de igual manera, capacidad para incumplir sus obligaciones y generar responsabilidades,

2 Vid. ampliamente en: Bacigalupo Saggese, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pp. 44 y 45.

3 De esta manera lo entiende Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*. Lima, Jurista Editores, 2013, p. 194: “partiendo del principio que solo las conductas de personas físicas son penalmente relevantes, no es posible, en ningún caso, plantearse, de manera crítica, la posibilidad de que las sociedades delincan. De ahí de que por este camino la discusión estaría en un callejón `sin salida`”; De manera similar Bacigalupo Saggese, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, p. 147: “Aún hoy la doctrina mayoritaria en nuestro país entiende que las personas jurídicas no son capaces de acción (...) La razón de esta afirmación es inevitable: toda vez que se tome como punto de partida un concepto de acción psicológico, no será posible llegar a ninguna otra respuesta de la cuestión”.

siendo de este modo independientes de las personas físicas que la componen⁴. Partiendo de esta capacidad jurídica de acción general que le es reconocida, se puede afirmar en un similar sentido, que también las personas jurídicas tendrían capacidad de acción para la comisión de ilícitos penales⁵; si el ordenamiento jurídico les reconoce esta capacidad en otras ramas del Derecho como la civil, administrativa, laboral, tributaria, etc., ¿cuál sería el inconveniente a la hora de reconocerle en el ámbito del Derecho penal?

El concepto de la acción, ya hace algún tiempo se lo ha señalado como un concepto de poco rendimiento para el Derecho penal⁶. En tal sentido, la teoría de la acción se ha presentado como un concepto muy limitado y carente de importancia, simplemente a señalar que no es acción penalmente relevante (la no-acción), es decir, a cumplir una función sistemática negativa⁷. En este panorama, las construcciones funcionalistas actuales han centrado el debate de la responsabilidad penal, ya no sobre ese concepto, sino en el tipo de injusto como expresión valorativa de sentido, la misma que está condicionada por la prevención y protección de bienes jurídicos⁸. Por lo dicho, el problema de la cuestión de la capacidad de acción ha sido resuelto por la doctrina penal, haciendo notar que el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no gira alrededor del concepto de acción, sino que es una cuestión de imputación⁹.

Ahora bien, otro de los obstáculos dogmáticos que se plantean en esta materia es la incapacidad de culpabilidad de la empresa. Este sin duda es un tema que ha generado mayores controversias y dificultades que el de capacidad de acción de las personas jurídicas, concentrándose mucho más la doctrina penal en establecer un criterio de culpabilidad para la persona jurídica. Hay que mencionar que, si se toma como punto

4 Cfr. Pérez Machío, Ana Isabel. “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De La Mata Barranco, Norberto J. (coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 26.

5 Cfr. *Ibidem*, p. 26.

6 Vid. Marinucci, Giorgio. *El delito como “acción”: crítica de un dogma*. Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 15 y ss.

7 De esta manera Jaén Vallejo, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid, Colex, 1994, p. 93, ha mencionado que “si se parte entonces de un concepto negativo, poco interesa ya el concepto de acción, pues habrá acción jurídico-penalmente relevante siempre que no concurren una causa de exclusión de acción (...) la discusión sobre el concepto de acción ha quedado desplazada al ámbito de los casos de no-acción...”. En igual sentido Marinucci, Giorgio. *El delito como “acción”: crítica de un dogma*, *op. cit.*, pp. 16 y 17, ha mencionado que “al concepto general de acción le correspondería solo una función sistemática ‘negativa’, limitada además a los tipos ‘comisivos’, esto es, la función de excluir desde el principio aquello que no posee la ‘cualidad de acción’”.

8 Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, *op. cit.*, p. 194.

9 De esta manera lo entiende Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, *op. cit.*, p. 244: “En el ámbito del Derecho Penal también alcanza consenso la determinación de la responsabilidad penal como un problema de imputación”; Así también Bacigalupo Saggese, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, p. 152: “La acción no se comprueba, ni siquiera en la persona física, de forma natural. Más bien se trata de una determinación valorativa del sujeto de imputación”.

de partida una culpabilidad entendida como un juicio de reproche que se hace a un sujeto por no haber actuado de otro modo, que presenta capacidad de motivación, capacidad de libertad, capacidad de comprender lo antijurídico de su conducta, a la hora de realizar el injusto penal, entonces indudablemente complica y elimina la posibilidad de hacer responsables a las personas jurídicas, ya que estas características que exige la culpabilidad no se presentan en las mismas¹⁰.

La doctrina penal, frente a la incapacidad de culpabilidad, ha elaborado varios conceptos sobre culpabilidad de empresa; sin embargo, esto está ligado al modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, planteándose así una discusión que gira en torno a si la culpabilidad de la persona jurídica se deriva de la culpabilidad de los sujetos que actúan en su nombre (modelo de responsabilidad derivada, por reflejo, vicaria o indirecta), o es una culpabilidad propia de la persona jurídica, fundada en su propia actuación (modelo de responsabilidad propia, autorresponsabilidad o directa)¹¹.

El principio *societas delinquere non potest* ha ido perdiendo fuerza, adeptos y ha quedado excluido de la mayoría de las legislaciones, puesto que, en la actualidad, existe un reconocimiento normativo a nivel internacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, impulsado por criterios de carácter político-criminal para la prevención de criminalidad moderna, específicamente criminalidad de empresa.

2. ESTRUCTURA EMPRESARIAL Y CRIMINALIDAD DE EMPRESA

La persona jurídica representa en la economía mundial, gracias a la sociedad globalizada y sociedad de riesgo, es uno de los agentes económicos que tiene mayor protagonismo en la economía mundial. La criminalidad moderna con características propias es: organizativa, transnacional y de poderosos, que usa –usan– la estructura de la persona jurídica –y en especial la estructura empresarial mercantil– como el mejor medio idóneo para la vulneración de bienes jurídicos importantes¹², o, en otras palabras, es adecuada su estructura para cometer delitos en la sociedad del siglo XXI.

10 Vid. por todos Luzón Peña, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 483, quien menciona: “[tal] reprochabilidad jurídica individual se basa en la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta”.

11 Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 311; así también lo entiende Pérez Machío, Ana Isabel. “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 28.

12 En este sentido Terradillos Basoco, Juan. *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 32: “Dado que la empresa constituye un marco con características propias, es también caldo de cultivo de fenómenos criminales específicos”; también Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, *op. cit.*, p. 39, considera: “el delito de empresa es un delito estructural, en el sentido de que la existencia de una corporación implica un mayor riesgo que aparezcan conductas desviadas por parte de sus empleados”.

Se ha distinguido en la literatura penal especializada entre *criminalidad como empresa* y *criminalidad de empresa*, que en ciertos casos –especialmente cuando existe una asociación o alianza entre ambas– se hace complicado distinguirlas. Así se ha calificado de *criminalidad como empresa*, a las organizaciones criminales o al crimen organizado que, caracterizado por la comisión de delitos, como el narcotráfico, tráfico de armas, trata de personas, tráfico de órganos humanos, etc., utilizan empresas legalmente constituidas para obtención de beneficios, especialmente para el lavado de activos o blanqueo de capitales; mientras que se califica de *criminalidad de empresa*, dentro del ámbito del Derecho penal económico para referirse a los delitos que se cometen a través de una actuación que se desarrolla en interés de una empresa, o en otras palabras, empresas legales que comenten delitos socioeconómicos ocasionalmente, como delitos medioambientales, contra el mercado bursátil, contra la hacienda pública, etc.¹³ Es cada vez más evidente en la realidad la vinculación entre organizaciones criminales y empresas lícitas, lo cual se deriva al tener que satisfacer necesidades mutuas en el ciclo productivo: comisión de delitos (delitos societarios), encubrimiento de delitos (lavado de dinero), y financiación para la comisión de delitos (empresas que financian a organizaciones criminales)¹⁴.

Realizada esta aclaración, conviene mostrar las principales causas que, a nuestro juicio, hacen que la estructura de la empresa sea viable en la actualidad para la comisión de delitos, que muestran generalmente las características importantes de la criminalidad de empresa, y que en su último término llevan a plantearse la necesidad y mantenimiento de la responsabilidad penal colectiva o de la empresa, para nuestros fines se señalará: a) irresponsabilidad organizada, b) *espíritu criminal del grupo* y la actividad empresarial, y c) problemas de la circulación de los flujos de información¹⁵.

2.1. Irresponsabilidad organizada

Una de las características que presenta el ámbito de la criminalidad empresarial es el gran problema de la imputación de comportamientos individuales (o la gran divergencia entre acciones y responsabilidades) en organizaciones o instituciones jerarquizadas, en las cuales las divisiones de trabajo y la descentralización caracterizan a

13 Vid. ampliamente: Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, op. cit., pp. 426-432.

14 Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, op. cit., p. 431. Una razón de tal vinculación es: "... porque la economía suele prescindir de parámetros éticos y muchos comportamientos en el ámbito de las empresas se desarrollan entre los límites de la legalidad y la ilegalidad (por ejemplo, un fraude de subvenciones, abuso de información privilegiada, una autorización con tráfico de influencias, etc.)." Vid. ampliamente Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, op. cit. p. 431.

15 En este sentido se señalan claramente las tres características del *corporate crime* que Nieto Martín considera que pertenecen al mundo de lo real y que es un discurso más o menos oficial, y que conforman las estrategias más emblemáticas para una lucha contra la criminalidad empresarial o criminalidad de empresa, Vid. ampliamente en: Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 38-42.

la empresa moderna. Esto llevó a que Schünemann denomine a este fenómeno como *irresponsabilidad organizada* u *organizada irresponsabilidad*¹⁶.

Esta *irresponsabilidad organizada* de la empresa produce un desplazamiento de la responsabilidad penal hacia los sectores inferiores del organigrama empresarial; esto es lógico, al ser estos sectores los que realizan directamente la conducta típica¹⁷. Teniendo en cuenta tal desplazamiento, tiene un notorio menoscabo a la eficacia de la norma penal (incluso deslegitima la intervención del Derecho penal) como lo entiende Terradillos Basoco, y que se plasma en la reducción de los márgenes de intervención penal en un doble sentido: hacia arriba, porque los directivos no realizan una conducta típica, y hacia abajo, ya que los ejecutores materiales quedarían frecuentemente al abrigo (protegidos) de la condena, dada la probable confluencia de evidentes factores de justificación o de exculpación¹⁸.

Hay que añadir que el problema se vuelve mayor con la estructura de la empresa moderna, en donde no es posible en muchos casos o es extraordinariamente complicado encontrar el centro de imputación objetivo y subjetivo (individualización de la persona física). Puesto que la empresa de la sociedad actual ha cambiado su modelo de organización empresarial, presentándose como una empresa-red (multinacionales), en la que se produce una desconcentración en unidades (varias empresas), siendo autoprogramadas y coordinadas a la vez¹⁹. La moderna empresa ya no tiene el tradicional modelo de una organización vertical-jerárquica, sino que se estructura en redes multidireccionales, cuyas estructuras son altamente descentralizadas y adaptables de acuerdo con la flexibilidad de los mercados²⁰.

16 Cfr. Schünemann, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo n.º 41, 1988, p. 533: "la 'organización de la responsabilidad' (...) amenaza en convertirse en la 'organizada irresponsabilidad'".

17 Cfr. Terradillos Basoco, Juan. *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*, op. cit., p. 32; en el mismo sentido señala Schünemann, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", op. cit., p. 533: "lo que desde un punto de vista jurídico-penal se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia abajo (...) hacia los miembros de la organización que están más abajo, ya que sólo ellos llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo".

18 Cfr. *Ibidem*, p. 38; Schünemann señala al respecto que el cambio de la responsabilidad jurídico-penal hacia abajo de las jerarquías empresariales puede tener consecuencias adversas para los efectos preventivos de las normas del Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, ya que los órganos inmediatos ejecutores se dan cuenta solo insuficientemente de las conductas realizadas (por la división de trabajo o la canalización de la información), también porque los miembros inferiores de las organizaciones empresariales son fungibles; lo dicho lleva a considerar a Schünemann, que la dirección de los comportamientos por las normas penales solo puede conseguir una efectividad limitada. Vid. en: Schünemann, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", op. cit., p. 533.

19 Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, op. cit., p. 96.

20 Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, op. cit., p. 422; también Vid. ampliamente el moderno modelo de organización empresarial o empresa-red en: Zúñiga

Entonces, nos encontramos ante entidades complejas y organizadas, en las que la ejecución del delito es el resultado de la concurrencia de varios actos parciales e incompletos, donde convergen conductas activas u omisivas, dolosas y culposas, y que en algunos casos los comportamientos están cubiertos bajo el abrigo de las organizaciones; en estos supuestos, un sistema de imputación pensado para la persona física se presenta como deficitario, para resolver los delitos cometidos en entidades complejas y organizadas. Resultando este sistema como insuficiente para la prevención de estos comportamientos delictivos.

Así se identifican, de lo dicho, dos problemas que trae consigo la *irresponsabilidad organizada*: (i) la localización de la imputación en los eslabones más bajos y (ii) la no identificación de la persona física (por no encontrarse al agente) que, por lo complejo de la estructura empresarial, podría estar incluso bajo una causa de justificación o no tendrían el grado necesario para un reproche de culpabilidad. También la cuestión de prevención de conductas delictivas en el seno de organizaciones complejas se vuelve deficitario y el sistema de imputación penal individual se vuelve deficiente dentro de este marco. Resultando necesario una responsabilidad penal a la propia organización.

2.2. Espíritu criminal del grupo

Esta característica de la criminalidad de empresa está enlazada con factores criminológicos, y también con otros factores que pueden considerarse como consustanciales al normal desarrollo de la actividad empresarial.

Sutherland, quien se ocupa del estudio de la delincuencia cometida por personas de un *status* social elevado, y que a dicho fenómeno denominó *delito de cuello blanco*²¹, plasmó la idea de que la inclusión de individuos en estructuras empresariales aumenta la probabilidad de delinquir (actuando de manera aislada quizás no cometerían alguna conducta desviada), aunque no exista una verdadera comprobación de que esto fuere así, existen indicios razonables que permite mostrar que las organizaciones determinan la conducta de sus integrantes²².

Rodríguez, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, op. cit., pp. 94 y ss.

21 Sutherland dio lugar al concepto de delito de cuello blanco, en sus investigaciones sobre este fenómeno de delincuencia desde los años 30 del siglo pasado, también dio una respuesta criminológica para poder explicar este tipo de delincuencia, cometida por agentes de alto nivel económico y de respetabilidad, así considera que la génesis de esta delincuencia puede ser explicada a partir de la teoría de la asociación diferencial, consistente “en que la conducta delictiva se aprende en asociación con aquéllos que definen tal comportamiento favorablemente, aislándose de quienes lo definen desfavorablemente, y que una persona en una situación apropiada participa de esa conducta delictiva sólo cuando el peso de las definiciones favorables supera al de las desfavorables”: Sutherland, Edwin. *El delito de cuello blanco*. Buenos Aires, B de F, 2009, p. 349.

22 Cfr. Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 40.

Nieto Martín considera que esto se debe en primer lugar por la existencia de una mala cultura empresarial en la que existe un *espíritu criminal del grupo*, que permite que el individuo aprenda conductas delictivas y técnicas de neutralización que hacen que las barreras morales y éticas aprendidas en el proceso de socialización se debiliten²³. Esto tiene mucho que ver con el proceso de despersonalización del individuo que se incorpora a una organización, y que vendría a considerarse como una reconstrucción de los empleados, a partir de que grandes organizaciones empresariales funcionan mediante una ampliación de mecanismos psicológicos de defensa individuales, como negación, despersonalización, compartimentalización de la ética, que van reforzadas con la represión de otras características, como la preocupación de la ética personal que vaya en contra de la organización²⁴. Esto permite en último término que las empresas aseguren su supervivencia aun en contra de quienes la integran, que conocen que son reemplazables.

Otro factor importante son ciertas prácticas que pueden considerarse como normativamente neutras, en el desarrollo normal de la actividad empresarial. Así, si una empresa mantiene una dirección que atiende solo a resultados (*management by results*), permite que los ejecutivos y directivos medios (que se conoce que son reemplazables) tengan un grado tal de presión por la consecución de resultados, que no importaría que deban saltarse la ley o actuar fuera de lo lícito; los grandes directivos presionan más o menos indirectamente para que se realicen prácticas ilícitas por parte de sus subordinados en el desarrollo de la actividad empresarial, para posteriormente abrigarse frente a cualquier tipo de responsabilidad²⁵. En consecuencia, el reconocimiento penal de la empresa o persona jurídica vendría a reconocer que aunque por parte de los grandes directivos no existe un grado de responsabilidad penal suficiente, existiría una responsabilidad adicional a la del sujeto que ha cometido el delito²⁶. Con la responsabilidad penal de la empresa podría cubrirse ese déficit de eficacia del Derecho penal individual ante comportamientos delictivos acontecidos en el seno de organizaciones empresariales, y especialmente combate la *irresponsabilidad organizada*, en lo relativo a la dificultad e imposibilidad de adscripción de responsabilidades individuales en una empresa compleja.

Problemas de la circulación de los flujos de información: una de las características de la criminalidad de empresa es el control de la información dentro de la organización. En las organizaciones empresariales, quien comete una conducta delictiva va a tratar lógicamente de ocultar, destruir y no dejar rastro de toda la información que le pueda ser perjudicial y que desemboque en responsabilidad penal.

23 Cfr. *Ibidem*, p. 40.

24 Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, op. cit., p. 490, citando a Ball.

25 Cfr. Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 41.

26 Cfr. *Ibidem*, p. 41.

Lo anterior conlleva que el empleado, ya sea frente a la dirección de la organización empresarial o frente a los entes de supervisión y control estatal, evite que la información perjudicial (para él o para la empresa) pueda llegar a manos de terceros; también permite que se instaure una *ley del silencio empresarial*, ya sea por una cultura corporativa o solo de una sección de la organización, lo cual conlleva que el grupo se vuelva opaco y difícil de investigar²⁷.

Además, hay que resaltar que los obstáculos que impiden que la información fluya se deben a la división de trabajo; así, quien realiza la actividad operativa no puede conocer su significado al no tener la información necesaria, y también es posible que los defectos en los canales de información impiden que quien tiene el poder de decisión disponga de información necesaria para poder atribuirle responsabilidad²⁸. Consecuentemente con lo anterior, a consideración de Nieto Martín: "... lógicamente mina la eficacia de todo el sistema de responsabilidad individual, al ser imposible la apreciación del dolo o rebajar la gravedad de la infracción de deber objetivo de cuidado en la imprudencia, hasta límites en donde no existe suficiente merecimiento de pena"²⁹.

3. MODELOS DE IMPUTACIÓN PENAL PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

En la doctrina especializada existen varias descripciones de modelos o sistemas de imputación para las personas jurídicas, pero en general se los reconduce a dos modelos de imputación: i) modelo vicarial (*vicarious liability*), indirecto o de transferencia de responsabilidad (heterorresponsabilidad), y ii) modelo directo de responsabilidad (autorresponsabilidad).

3.1. Modelo de transferencia (heterorresponsabilidad)

Este modelo de transferencia es producto de la transposición de la construcción civilista del *superior que responde (respondeat superior)* al ámbito del Derecho penal, y es propio de la práctica angloamericana³⁰.

27 *Ibidem*, p. 41; También señala que "La omertá viene facilitada porque el secreto es parte integrante de la cultura de los negocios, la información y su control con independencia de que se extienda sobre aspectos positivos –una nueva patente– o negativos –el incumplimiento de la ley– otorga poder": Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 41.

28 Cfr. *Ibidem*, p. 41.

29 *Ibidem*, p. 41.

30 Cfr. Gómez-Jara Díez, Carlos. *La responsabilidad penal de la empresa en los EE.UU.* Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 45; Artaza Varela, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: fundamentos y límites.* Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 84; Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 88. El *respondeat superior*, surge en el contexto de la *agency relationship* que es un concepto

Los primeros antecedentes del modelo vicarial se encuentran en las sentencias de los Tribunales Ingleses a partir del siglo XV, pero es a partir de la sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. del caso *Hudson v. United States* en donde puede encontrarse con mayor precisión la primera estructura del modelo vicarial, y en donde se tras-pasa criterios de responsabilidad civil a la responsabilidad penal³¹; también suelen mencionarse los fallos *United States v. Ionia Management* y *United States v. Singh*, como aquellos fallos de los tribunales norteamericanos que han ido desarrollando los principios, lineamientos y criterios generales del modelo vicarial³².

En términos generales, puede decirse que el modelo vicarial consiste en la transferencia de la responsabilidad penal de un agente (persona física) a la persona jurídica, entendiendo que, si su integrante actúa, también actúa la persona jurídica; de este modo se justifica la responsabilidad jurídico-penal de empresa³³. Se ha señalado que, desde el prisma de la empresa, el núcleo de la responsabilidad vicarial es responsabilidad objetiva (*strict liability*); porque el comportamiento del sujeto individual le es imputado a la persona jurídica, sin que esta última tenga posibilidad de defensa, ni alegando que ha realizado todo lo necesario para evitar la infracción³⁴.

Puede afirmarse que el modelo de imputación vicarial atribuye a la empresa el *actus reus* y *mens rea* del agente concreto, o en terminología de la dogmática de cuño germánico, se atribuye a la empresa el injusto y la culpabilidad del agente concreto³⁵.

Se han reconocido tres condiciones o presupuestos del modelo de imputación vicarial: a) comisión de una infracción por parte de un agente (integrante) de la empresa, b) actuación en el ejercicio de funciones y c) actuación en beneficio de la empresa.

Con dependencia de quien sea el agente de la empresa que transfiere la responsabilidad, se han conocido dos versiones del modelo vicarial. Si solo se concede relevancia a los comportamientos delictivos de las personas que tengan capacidad de decisión (dirigentes) en la estructura empresarial, estamos ante una versión de identificación

de la jurisprudencia angloamericana. El *respondeat superior* está plenamente vigente en el ámbito de la responsabilidad por daños, supone que las empresas serán responsables por los daños causados por sus empleados cuando actúen en el ámbito de sus funciones. Es estrictamente una figura del Derecho civil angloamericano. Vid. ampliamente en: Villegas García, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: la experiencia de los Estados Unidos*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 169-171.

31 Cfr. Gómez-Jara Díez, Carlos. *La responsabilidad penal de la empresa en los EE.UU.*, op. cit., p. 44.

32 Artaza Varela, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: fundamentos y límites*, op. cit., p. 86.

33 El sistema vicarial es el existente en algunos países como, por ejemplo: Francia, Austria o Italia (se encuentra en la ley de responsabilidad administrativa de los entes).

34 Cfr. Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 88.

35 Cfr. Gómez-Jara Díez, Carlos. *La responsabilidad penal de la empresa en los EE.UU.*, op. cit., p. 45.

inglesa (*identification theory*). Pero si se reconoce relevancia, para la transferencia, el comportamiento delictivo de cualquier miembro de la organización empresarial, sin importar el nivel jerárquico interno, sea este empleado, directivo, mando medio, etc., estamos ante una versión de *respondeat superior* norteamericana.

Este modelo de imputación penal tiene varios cuestionamientos sobre su legitimidad, y de carácter político-criminal.

Se ha mencionado principalmente en los sistemas penales europeos continentales que el modelo vicarial presenta una incompatibilidad con el principio constitucional de culpabilidad, y en consecuencia no sería acorde con uno de los principios del Derecho penal³⁶. El principio de culpabilidad puede verse afectado por el modelo vicarial tanto en su vertiente de responsabilidad por el propio hecho (principio de personalidad de las penas), y además, porque en un sentido estricto el sistema vicarial representaría responsabilidad objetiva para la empresa.

El modelo vicarial recupera problemas característicos de la responsabilidad individual, que es el problema de la identificación y la culpabilidad del agente; obliga a buscar un responsable dentro de los mandos superiores³⁷. Este es un problema característico de la criminalidad de empresa, relativo a la *irresponsabilidad organizada*; este modelo no resuelve el problema más importante que presenta la criminalidad empresarial, que es la imputación individual (identificación) del agente en organizaciones complejas.

En cuanto al aplicar un modelo vicarial con versión amplia del agente (teoría vicarial del *respondeat superior*), su mayor inconveniente es que no incita a la cooperación con la administración de justicia (o con la autoridad administrativa), con la finalidad

36 Entre los autores que han sostenido que el modelo vicarial o de heteroresponsabilidad viola principios jurídicos penales como el de culpabilidad, se encuentran: Gómez-Jara Díez, Carlos. "El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*", en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Gómez-Jara Díez, Carlos (dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, pp. 294; El mismo, *La Culpabilidad penal de la empresa*, op. cit., pp. 140 y ss.; Díez Ripollés, José Luis. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2012, p. 5; De la Cuesta, José Luis. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. De la Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De La Mata Barranco, Norberto J. (coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 70; Pérez Machío, Ana Isabel. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas", op. cit., p. 30; Feijoo Sánchez, Bernardo. "Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo y Gómez-Jara Díez, Carlos, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, p. 69.

37 Cfr. Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, op. cit., p. 120. En sentido similar Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, op. cit., p. 406, ha señalado: "¿Qué sucede cuando no se identifica el autor del delio? En suma, este modelo [refiriéndose al modelo de responsabilidad vicarial] no soluciona la dificultad fundamental de individualizar responsabilidades cuando se trata de un comportamiento de organización, en el que intervienen varias personas con diferentes actuaciones, incluso algunas no significativas en sí mismas, pero que todas juntas y reiteradamente pueden desencadenar la lesión de un bien jurídico".

de poder esclarecer los delitos ya cometidos y el incentivar a establecer controles internos para descubrir delitos; esto, por la consideración de que si la empresa irremediamente va a ser sancionada (al tratarse de una responsabilidad objetiva la de la empresa) cuando se identifique a la persona física o agente, su interés es que no se descubra³⁸.

3.2. Modelo directo (autorresponsabilidad)

El modelo directo nace como superación de todas las dificultades que presenta el modelo vicarial. El mismo no hace otra cosa que reconocer (algo que realmente es notorio) que el sistema de imputación para la responsabilidad de la persona jurídica siempre ha sido un sistema paralelo al modelo de imputación de la persona física.

En el Derecho penal, la responsabilidad por el hecho propio es algo necesario; este sistema llega también a salvar un problema de constitucionalidad que el sistema vicarial padecía, ya que transfiere la responsabilidad del agente a la empresa y convirtiéndose además en una responsabilidad objetiva³⁹.

Este modelo se aleja de la relación de dependencia con la persona física y busca imputar directamente a la persona jurídica la actuación delictiva. Aquí es donde se presenta su mayor obstáculo, porque si se reconoce que la persona jurídica debe ser responsable por los delitos realizados en su seno y actividad, es necesario establecer criterios de imputación válidos para la empresa.

Puede mencionarse que las construcciones doctrinales que se han realizado dentro del modelo directo de imputación a la empresa se han caracterizado por contener conceptos diversos, incluso parten de fundamentos distintos. Todavía no ha existido un consenso general en materia de responsabilidad directa, es decir, los penalistas no se han puesto de acuerdo totalmente⁴⁰. Entre las propuestas doctrinales más importantes encontramos: *culpabilidad por defecto de organización* (Tiedemann),

38 Cfr. *Ibidem*, p. 123.

39 Vid. por todos: Gómez-Jara Díez, Carlos. "El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*", *op. cit.*, p. 294; El mismo, *La Culpabilidad penal de la empresa*. Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 140 y ss.; Díez Ripollés, José Luis. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", *op. cit.*, p. 5; De La Cuesta, José Luis. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *op. cit.*, p. 70; Pérez Machío, Ana Isabel. "Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas", *op. cit.*, p. 30.

40 Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, *op. cit.*, p. 400 y ss., menciona que si bien la responsabilidad penal directa a la empresa, genera más ventajas que inconvenientes, existe mayores inconvenientes en determinar los fundamentos de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica. Y una vez asumida la responsabilidad directa, se presenta la dificultad de concepción del injusto y culpabilidad propios de la empresa, si se requiere o no un hecho de conexión o puede idearse un injusto propio de la organización, esto, es un asunto de fondo aún no resuelto.

culpabilidad por carácter de empresa (Lampe), *culpabilidad por conducción empresarial* (Heine), y *modelo constructivista* (Gómez-Jara Díez)⁴¹.

El optar por un modelo directo de imputación para la persona jurídica, trae mejores ventajas político-criminales y dogmáticas, entre las más importantes de las cuales podemos mencionar las siguientes:

- El modelo directo hace frente a una de las características de la criminalidad de empresa: el fenómeno de la *irresponsabilidad organizada* (la individualización de la persona física que cometió el ilícito).
- La sanción penal a la propia persona jurídica permite determinar la calidad y la cantidad de la pena según el tamaño de la organización y no según el patrimonio del representante o de la persona física sancionada, evitando también que exista un impago de la multa por la posible insolvencia de la persona física condenada.
- Mantiene el sistema de imputación de responsabilidad de la persona física sin la necesidad de una flexibilización de sus categorías, permitiendo elaborar criterios de imputación válidos para la empresa.
- Ofrece un mejor anclaje y respeto a los parámetros de un Derecho penal moderno; así, la persona jurídica respondería por su propio hecho, y no por un hecho ajeno, como en los sistemas vicariales. Resolviendo problemas de *non bis in idem*, y el problema de la violación al principio de culpabilidad.

4. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE RPPJ ADOPTADO EN ECUADOR

Desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP)⁴² el 10 de agosto de 2014, después de un tiempo de *vacatio legis* de 180 días desde su publicación, el Ecuador abandona el principio *societas delinquere non potest* y se suma a un proceso de incorporación y reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se ha realizado en Europa como en países de la región. El régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, está prevista y contenida en el art. 49, art. 50 y art. 71 COIP.

41 Estas propuestas doctrinales son expuestas con detalle en: Pozo Torres, Juan Francisco. *Fundamentos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Ecuador*. Quito, Corporación Estudios y Publicaciones, 2018.

42 Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, Registro Oficial n.º 180 del 10 de febrero de 2014. La entrada en vigencia de este cuerpo legal, constituyó una reforma integral de todo el sistema penal, agrupando en un solo texto materia sustantiva, adjetiva y ejecutiva penal.

Del análisis de la regulación normativa puede verse que el legislador ecuatoriano ha adoptado un sistema de responsabilidad vicarial (art. 49 COIP) con rasgos característicos de un modelo directo o de autorresponsabilidad (art. 49 inc. 2 y art. 50 del COIP).

El art. 49 COIP establece como desencadenante de la responsabilidad penal de la empresa, la conducta (activa u omisiva) de una persona física, y en este punto el texto legal es exhaustivo con los agentes que podrían desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica, y tiene un catálogo muy amplio, no solo requiriendo actos de órganos o representantes de la organización, sino también de terceros que se inmiscuyen en una actividad de gestión, hasta cualquier empleado o subordinado, descartando en consecuencia que no se trata de un sistema de *alter ego* o una *identification theory*, sino más bien se acomoda, por la amplitud de las personas (recogiéndolas a todas) en un sistema de *respondeat superior*, en donde se desencadena la responsabilidad por todos los actos (acciones u omisiones) de todos los empleados o dependientes de la persona jurídica, sin importar su nivel jerárquico.

Además, se requiere (art. 49 del COIP) que la conducta (acción u omisión) de la persona física se realice “para beneficio propio o de sus asociados”, lo que lleva a plantearnos cuál es la naturaleza del beneficio que se exige, ya que no queda claramente fijada en el texto legal. Así, se requiere un beneficio: ¿directo o indirecto?, ¿económico o no?, ¿debe producirse o solo ser potencial? Lo que se busca con este requisito es poder restringir la conducta delictiva de la persona física que pueda desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica; así no se constatará esto cuando la persona física realice su conducta para beneficio propio y en contra de la propia persona jurídica perjudicándola, o de un tercero ajeno. Consecuente el legislador con este requisito, en el art. 49 inc. 3 del COIP ha determinado que no hay lugar a la responsabilidad penal de la empresa cuando el delito se ha cometido por una de las personas físicas, en beneficio de un tercero ajeno a la organización.

La regulación configura un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas con varias características a resaltar; entre las principales están:

4.1. Sistema de sujetos activos

La legislación ecuatoriana ha establecido un filtro de imputabilidad consistente en que el sujeto de imputación debe tener personalidad jurídica privada, siguiendo la línea de otros códigos penales europeos o latinoamericanos de solo contemplar como sujetos de imputación a las personas jurídicas de Derecho privado, y excluir a las de Derecho público: el Estado y la administración pública.

El art. 49 del COIP, expresamente señala que solo “las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables”; así el Ecuador sigue una línea formalista, en la que el concepto de persona jurídica nos lleva a remitirnos a otras ramas del ordenamiento jurídico. Por lo cual, las personas jurídicas de

Derecho privado podrán ser compañías, corporaciones, fundaciones, etc., sujetas a disposiciones jurídicas civiles y mercantiles.

En el Derecho comparado es habitual la exclusión del Estado y las administraciones públicas de este tipo de responsabilidad penal; esto se debe a que carece de sentido que el Estado ejerza su *ius puniendi* sobre sí mismo, y también que la relevancia de su papel constitucional o sus funciones públicas podrían verse muy negativamente afectadas y puestas en peligro por cualquier actuación judicial, y en consecuencia, solo responderán penalmente las personas físicas que cometan un delito en su seno⁴³.

4.2. Sistema *numerus clausus*

El modelo se caracteriza por establecer un catálogo cerrado (*numerus clausus*) de delitos por los cuales puede ser penalmente responsable la persona jurídica. Así lo prevé el art. 49 del COIP: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables”. De este modo, la regulación de este tipo de responsabilidad penal se da, en igual sentido que en la regulación de la imprudencia, solo en los tipos penales de la parte especial en que se mencione taxativamente. En este catálogo se contemplan alrededor de setenta figuras delictivas.

4.3. Sistema de responsabilidad acumulativa

El modelo ecuatoriano de imputación es un sistema de responsabilidad acumulativa, así la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de las personas físicas (art. 49 inc. 2 del COIP). Esto es algo que debe ser destacado, y aquí se contemplan los rasgos que caracterizan a un sistema de imputación directo, ya que la responsabilidad acumulativa permite que tanto la persona física como la jurídica puedan responder por el delito cometido, manteniendo un doble sistema de imputación. Se evita que se flexibilicen las categorías de imputación de la persona física, ya que el objetivo de este tipo de responsabilidad no es sustituir este sistema de imputación, sino complementarlo para la prevención de conductas delictivas propias de la criminalidad de empresa, y en las que por sí solo el sistema de imputación de la persona física se presenta como inidóneo⁴⁴.

Manteniendo la independencia de las responsabilidades entre persona física y persona jurídica, el sistema adoptado por el legislador ecuatoriano prevé en el art. 50 del COIP que, en caso de su concurrencia, la responsabilidad penal de la organización, no se

43 Cfr. Bacigalupo Saggese, Silvina. “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, en *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídica*. Zugaldía Espinar, José Luis (coord.) y Marín De Espinosa Caballos, Elena (coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 77.

44 Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*, op. cit., p. 400.

podrá extinguir ni modificar por circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad de la persona física, aquí se debe incluir la incommunicabilidad de circunstancias atenuantes y agravantes, así como las que afecten a la responsabilidad de la persona física, por ejemplo al estar su conducta en error de tipo o de prohibición, o estar amparado en una causa de justificación o inculpabilidad, etc. De igual manera, no se extinguirá ni modificará la responsabilidad penal de la persona jurídica por cuestiones procesales que afecten a la persona física, como su fallecimiento, o que haya eludido el accionar de la justicia, por extinción de su responsabilidad, o haya sido sobreseída en el proceso penal (art. 50 del COIP).

4.4. Sistema de sanciones

La implementación de este tipo de responsabilidad llevó al legislador a crear dos catálogos de penas diferentes, las que son susceptibles de aplicación a las personas físicas, y otro, específicamente para las personas jurídicas, donde se contemplan las siguientes: multa, comiso penal, clausura temporal o definitiva locales o establecimientos, realizar actividades en beneficio de la comunidad, remediación integral de los daños ambientales, disolución de la persona jurídica y prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente.

Las penas del catálogo no son discrecionales para ser aplicadas por el juzgador, aunque se contemplen en la parte general. Cada tipo penal de la parte especial que prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas mantiene una o varias penas expresamente previstas, las cuales deben ser aplicadas por el juzgador en cada caso particular.

4.5. Sistema de exclusión de responsabilidad

El modelo ecuatoriano establece una cláusula de cierre del sistema de la persona jurídica, o para ser precisos una cláusula de *inextinción* de responsabilidad penal (art. 50 inc. 2 del COIP).

De esta manera se establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se extingue por fusión, transformación o escisión, disolución, liquidación, o por cualquier otra modalidad de modificación que contemple la ley. Esto puede explicarse como forma de evitar que la RPPJ pueda ser burlada, ya que todas estas opciones son con carácter general entendidas como desaparición de la entidad responsable, consecuentemente, la disposición buscaría evitar que la extinción de la RPPJ mediante estas vías, sea un evidente caso de fraude de ley.

Hay que mencionar que el artículo específico no establece expresamente que la responsabilidad penal pasará a la entidad o entidades en que se transforme, se fusione, quede absorbida, o a las que queden como resultado de su escisión.

Frente a esta cláusula, hay que mencionar que es una disposición contraria a la personalidad de las penas, puesto que se extendería la responsabilidad penal a otras entidades. Frente a esto se ha sugerido que hubiese resultado más apropiado para un procesamiento y sanción de la persona jurídica responsable, el establecimiento de mecanismos de retroacción o anulación de la fusión, y transformación, entre otros⁴⁵.

5. COMPLIANCE

5.1. Concepto de *compliance*

La palabra *compliance* de origen inglés proviene del verbo *to comply* o *to comply with* que significa *cumplir* o *cumplir con*⁴⁶. En el ámbito empresarial esta palabra se la relaciona con *cumplimiento normativo*, entendida en un sentido amplio, que abarcaría tanto el cumplimiento de parámetros legales (civiles, administrativos, laborales, penales, etc.) así como también parámetros de carácter ético, económico, o de política empresarial⁴⁷. Así mismo, en otra clasificación, se diferencia entre un *hard compliance* comprendido únicamente el cumplimiento de la normativa legal y un *soft compliance* en el cual se toma en cuenta el cumplimiento de parámetros éticos, morales y económicos⁴⁸.

Hasta ahora no se ha dicho sino algo obvio: la empresa debe cumplir con la legalidad. Si bien es cierto parece una obviedad, “el cumplimiento normativo es una meta difícil de conseguir en la empresa”. Se señalan como factores: i) el desconocimiento de la normativa (muchas veces compleja) que deben cumplir; ii) una cultura corporativa de obtención de beneficios sobre el respeto a la legalidad, y iii) la división de trabajo, que hace que se provoque la aparición de infracciones dentro de la empresa⁴⁹.

En este sentido, suena lógico que haya una manera, una herramienta de gestión puesta a disposición de la empresa para poder alcanzar ese cumplimiento normativo: el *compliance*. Así las cosas, el *compliance* se define como los cuerpos normativos en

45 De La Cuesta, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *op. cit.*, p. 90.

46 Vid. así Prittwitz, Cornelius. “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*. Kuhlen, Lothar, Montiel, Juan Pablo y Ortiz De Urbina Gimeno, Íñigo (Eds.), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 208. Haciendo referencia que la traducción al alemán sería «*sich fügen*» que significaría: obedecer, someterse, plegarse. Advirtiendo que la palabra inglesa tiene su origen en el «*complere*» latino, el «*complire*» italiano y el *cumplir* español.

47 Todo lo que no sea legalidad en sentido estricto, entendida esta como toda la normativa emanada de los poderes públicos.

48 Bock, Dennis. *Sanktionierung*, p. 43, citado en nota al pie número 3 en: García Cavero, Percy. *Criminal Compliance*. Lima, Palestra, 2014, p. 9.

49 Así Nieto Martín, Adán. “El cumplimiento normativo”, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Nieto, Martín, Adán (dir.), Lascurain Sánchez, Juan Antonio, Blanco Cordero, Isidoro, Pérez Fernández, Patricia, García Moreno, Beatriz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 25.

los que se recogen sistemas empresariales internos de gestión de riesgos⁵⁰. Se trata de prevenir cualquier infracción de leyes, códigos o procedimientos internos que se den dentro de la organización, y de ser el caso identificar y sancionar dichas infracciones, promoviendo así una cultura de cumplimiento en la empresa⁵¹.

a) *Criminal compliance*

Si se habla de un *criminal compliance*⁵² se está refiriendo a un modelo de gestión empresarial que tiene por objetivo únicamente la prevención, detección y sanción de infracciones *penales* dentro de la empresa. Sin embargo, dada la naturaleza de *última ratio* que tiene el Derecho penal, que se nutre de todas las demás ramas del ordenamiento jurídico, hablar de un *criminal compliance* sin la implementación de un *compliance* en general por parte de la empresa no es muy eficaz, pues una empresa que cumpla con toda la demás normativa del ordenamiento jurídico no debiera ser sancionada penalmente “principio de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico”. Dado que la conducta típica tiene que ser antijurídica también, esto es, tiene que estar en contrariedad con el ordenamiento jurídico en general; esto último se expresa mejor en el Derecho penal económico dada la utilización regular de normas penales en blanco como técnica predilecta por el legislador para la configuración de tipos penales.

5.2. El antecedente: la autorregulación

La autorregulación no es otra cosa que imponerse voluntariamente reglas determinadas, una suerte de “auto-legislación” que, al igual que el ser humano –libertad de acción–, las empresas, en ejercicio a esa libertad de organización pueden hacerlo⁵³. Lo contrario de la autorregulación es la heterorregulación, en donde otro (ejemplo: el Estado) impone reglas que deben ser cumplidas.

El fenómeno de la autorregulación surge de la incapacidad del Estado de regular exitosamente todas las actuaciones sociales, dado el nivel de complejidad, cada vez mayor, en las sociedades actuales. De igual manera, el Estado no ha podido regular

50 Coca Vila, Ivó. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Silva Sánchez, Jesús-María (dir.), Montaner Fernández, Raquel (coord.), Barcelona, Atelier, 2013, p. 60.

51 Así en Nieto Martín, Adán. “El cumplimiento normativo”, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Nieto, Martín, Adán (dir.), Lascaraín Sánchez, Juan Antonio, Blanco Cordero, Isidoro, Pérez Fernández, Patricia, García Moreno, Beatriz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 26, refiriéndose a la definición de la AS3806-Compliance Programms, Standards Australia, 1988, p. 1.2.

52 De esta terminología, entre otros, Rotsch, Thomas. “Criminal Compliance”, en *InDret* 1/2012, Barcelona, 2012; García Caveró, Percy: *Criminal Compliance*, op. cit.; Montiel, Juan Pablo. “Cuestiones teóricas fundamentales del *Criminal Compliance*”, en *Letra IV*, número 7, 2017, pp. 21-47.

53 Vid. Coca Vila, Ivó. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, op. cit., pp. 48 s.

con éxito las complejas organizaciones empresariales dado que su tamaño y complejidad interna no permiten una intervención o regulación externa directa⁵⁴. Ante esta situación, el Estado no puede quedarse de brazos cruzados sino que tiene que, de alguna manera, intervenir, pues la empresa surge como un foco de riesgo necesario de regulación. En esta línea de pensamiento se sitúa lo que se denomina como *Derecho reflexivo*, que no es sino la forma a través de la cual el Estado define, crea y ejecuta sus mecanismos de autorregulación⁵⁵.

El Estado cede –en parte– su monopolio de regulación a las propias empresas para que sean estas las que se regulen. Esto hace ver que el Estado no es que renuncia a un interés regulador, sino más bien el afán regulador es lo que hace que se produzca la autorregulación⁵⁶. Así, la autorregulación supone más regulación por parte de un Estado que sabe que no tiene el conocimiento ni los medios adecuados para regular esas esferas tan complejas que suponen las empresas. La regulación así entendida no desaparece, sino que se transforma⁵⁷.

En ese paradigma del Derecho reflexivo se sitúa el *compliance*, como forma de autorregulación. Sin embargo, el Estado no puede dejar que las empresas se regulen de cualquier manera porque ahí sí perdería ese monopolio de la regulación. El Estado debe mantener cierta forma de regulación, y la forma que este ha adoptado, en relación a las personas jurídicas es la *autorregulación regulada*.

El Estado hace responsable penalmente a la empresa si no se organiza adecuadamente para que en su seno no se cometan delitos en beneficio suyo; esa es la contracara de la autorregulación: ser responsable por una autorregulación defectuosa. Así, el *compliance* se constituye como un mecanismo idóneo para autorregularse.

54 Así Gómez-Jara Díez, Carlos. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bajo Fernández, Miguel, Feijoo Sánchez, Bernardo, y Gómez-Jara Díez, Carlos, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, p. 93.

55 Gómez-Jara Díez, Carlos. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 93; vid. también Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, *op. cit.*, p. 81 ss.

56 Vid. González Sierra, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 387, “[n]o se trata de una ausencia de Estado ni de la privatización del control, sino de un control diferente, una intervención estatal a distancia, que proviene del derecho reflexivo de Teubner, y que se traduce en una norma jurídico penal que obliga a la empresa a organizarse adecuadamente, y que si no lo hace y produce alguna lesión o peligro para bienes jurídicos, habrá de ser responsable de ellos”; vid. también Nieto Martín, Adán. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa” *Política Criminal*, n.º 5, 2008, pp. 1- 18.

57 Vid. Gómez-Jara Díez, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*, *op. cit.*, p. 266. Se puede hacer un símil con la posición de garante del delegante y el delegado: el delegante cede al delegado ciertos deberes que son inherentes de su posición de garante, pero siempre quedándose con deberes residuales. Así, el delegante no es que ha perdido su posición de garantía sino que se ha transformado.

6. COMPLIANCE EN ECUADOR

El *compliance* supone la idea central para poder valorar el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: su defecto de organización. Pues si partimos de esta idea, un parámetro idóneo para poder valorar dicha organización –defectuosa o no– será el *compliance* en relación con el delito ocurrido. En lo que sigue, se explicará esta idea con fundamento en la normativa ecuatoriana.

6.1. ¿Qué tipo de autorregulación sigue Ecuador?

En la normativa extrapenal, el legislador ha seguido una suerte de autorregulación regulada, similarmente que en el Derecho comparado, en materias de mayor interés Estatal, tales como lavado de activos⁵⁸, prevención de riesgos laborales⁵⁹, etc., denominándose estos casos como *compliance* sectorial⁶⁰. En estos supuestos, la regulación extrapenal sirve como parámetro del debido control para el cumplimiento de deberes de prevención penal, constituyendo una suerte de norma penal en blanco⁶¹.

En lo que respecta al ámbito penal, el legislador no se ha pronunciado *expresamente* sobre el *compliance* o cualquier forma de prevención y control de riesgos penales. Si bien los arts. 49 y ss. COIP sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica dan a entender que se requiere de la persona jurídica una cierta regulación por parte de ella –autorregulación–, pues en la medida en que se la pueda hacer responsable por un delito cometido por uno de sus miembros, el mensaje estatal a la persona jurídica es claro: o hace algo para prevenir delitos por parte de uno de los tuyos en tu beneficio o será responsable penalmente, no por el delito de ellos sino por tu propio delito (arts. 49 y ss. COIP).

58 Tenemos así la Ley Orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos; el Reglamento general a la Ley Orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos, sobre la prevención de riesgos y el manual de prevención respecto de esta materia vid. arts. 5 y ss.; la Resolución n.º UAFE-DG-SO-2017-0007 sobre directrices para la elaboración de la guía básica de prevención del lavado de activos y del financiamiento de delitos, vid. arts. 2 y ss. sobre la regulación del oficial de cumplimiento.

59 Además del Código de trabajo en general –arts. 347 y ss.–, tenemos el Reglamento del Seguro general de riesgos de trabajo y; el Reglamento de seguridad y salud de los trabajadores y mejoramiento del medio ambiente de trabajo. Sin embargo, similarmente que España, el legislador ecuatoriano en su catálogo *numerus clausus* no prevé un delito específico relativo a los riesgos laborales, ni fuera de este.

60 Para una explicación del *criminal compliance* sectorial en el caso peruano vid. García Caverro, Percy. *Criminal Compliance*, op. cit. pp. 76 y ss.

61 Vid. Nieto Martín, Adán. “El cumplimiento normativo”, en *Manuel de cumplimiento penal en la empresa*, op. cit., pp. 36 y ss., “[c]uando existe responsabilidad penal de las personas jurídicas en ámbitos dónde el derecho administrativo interviene imponiendo obligaciones de autorregulación [...], debe entenderse que el cumplimiento con la normativa administrativa supone el grado de debido control necesario para el cumplimiento de deberes de prevención penal. El derecho penal debido a su carácter de última ratio no puede contener un grado de exigibilidad mayor que el que impone el derecho administrativo”.

Entonces, el mensaje de la autorregulación no es expreso en Ecuador, pero sí implícito, y si esa no autorregulación correcta –defecto de organización– de la persona jurídica conlleva un delito de la persona física en el sentido del art. 49 COIP, esta será responsable penalmente. Así las cosas, el Ecuador, respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sigue una suerte de autorregulación implícitamente regulada –*implicitly regulated self-regulation*–.

Es autorregulación en sí porque la persona jurídica tiene que cargar con el peso de la formulación, implementación, consolidación y mejoramiento de un programa de cumplimiento –o mecanismo similar–, cualquiera que este sea, pero que sea idóneo para prevenir, detectar y sancionar los delitos del catálogo *numerus clausus*, mostrándole así al Estado que es un buen ciudadano corporativo, cumplidor de la legalidad. Se le pone esta carga a la empresa puesto que el Estado no se encuentra ya en condiciones de regular en entramado empresarial, cada vez más complejo. Así, es la persona jurídica la que tendrá el mejor conocimiento de los riesgos que puede provocar y podrá contar con las mejores medidas a lo largo de la empresa para contrarrestar dichos riesgos. Si cumple con esto, el Estado no tendría qué reprocharle a la persona jurídica, pues esta ha cumplido con su normativa.

Es regulada –implícitamente–, puesto que si no cumple con una autorregulación correcta y se comete un delito por parte de la persona física en su beneficio, el Estado la hará responsable penalmente a la persona jurídica, incluso independientemente de la suerte de la persona física dentro de ella. Esa es la contracara de la autorregulación, pues la empresa puede organizarse correcta o defectuosamente, teniendo así libertad de organización y siendo responsable penalmente por el uso de esa libertad.

Es implícita, pues el Estado solo nos ha dado la faceta negativa de esa regulación que es la sanción penal a la persona jurídica, pero no ha establecido ninguna pauta o parámetro de cómo esta debe autorregularse⁶². En definitiva, el Estado ha dicho: serás responsable por no organizarte de manera correcta, pero no te diré en qué consiste esa organización –en cómo debes autorregularte– sino solo te haré responsable penalmente si no te organizas de manera correcta; ahí lo implícito y el problema que esto acarrea desde la seguridad jurídica. Pues a falta de explicación del legislador en materia de cumplimiento normativo –*compliance*–, se deberá recurrir a la *lex artis*⁶³ del ámbito específico del sector en el que se desenvuelve la empresa y, así

62 Salvo el *compliance* sectorial; pero inclusive en estas materias, sigue siendo mejor que el legislador penal establezca qué es lo que entiende por una autorregulación adecuada, en aras a la seguridad jurídica –art. 82 CRE–.

63 “Conjunto de reglas técnicas que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio”, Diccionario del español jurídico.

mismo, estándares internacionales de cumplimiento en general⁶⁴ y concretamente en materia penal⁶⁵.

Como ya vimos, el Ecuador pone énfasis en la regulación de ciertas materias de interés, como lavado de activos, por ejemplo. Esta regulación extrapenal servirá como parámetro a seguir del debido control para el cumplimiento penal en esa materia específica por parte de la persona jurídica, pues la empresa que cumple con dichos estándares estatales será una empresa cumplidora de la legalidad y por ende no será responsable penalmente. En cambio, si no existen estándares estatales en la materia, el deber de la empresa no queda ahí, sino que se deberá remitir a otros estándares aceptados dentro de su actividad y así mismo los estándares internacionales señalados antes en materia de cumplimiento normativo en general y en penal, si se quiere mostrar de alguna manera su compromiso con el cumplimiento normativo dentro de su empresa⁶⁶.

Tómese en cuenta que no se crea un deber jurídico-penal de establecer un programa de cumplimiento, debido a que el legislador penal no ha señalado eso; no se sanciona, pues, a la persona jurídica que no tenga un programa de cumplimiento. Se sanciona a la empresa que no se organiza bien y de tal manera se cometen delitos en su seno y en su beneficio por parte de los suyos. Si eso se puede lograr a través de otros mecanismos –que como se ha expuesto, el *compliance* es el más idóneo sí, pero solo uno de ellos– la empresa no será responsable penalmente. Inclusive, puede haber situaciones que del análisis de riesgo no se establezca la necesidad de crear un programa de cumplimiento. Entonces, lo decisivo para la persona jurídica no es tener un programa de *compliance* sino el organizarse de manera correcta; que pretendidamente la mejor forma de organizarse correctamente sea a través de un *compliance* es la posición aquí sostenida.

6.2. Fundamentos de *lege lata* respecto al *compliance*

Existen ciertos criterios en la normativa ecuatoriana que apuntan hacia una autorregulación de la persona jurídica, haciendo más fácil de adoptar por parte de ella un verdadero cumplimiento normativo, teniendo así consecuencias jurídico-penales positivas. Se verán a continuación todos los efectos que puede tener el *compliance* para

64 Así tenemos –siendo la más importante internacionalmente– la ISO 19600 sobre sistemas de gestión de *compliance*.

65 La UNE 19601. Si bien esta es una norma española sobre sistemas de gestión de *compliance* penal, no hay duda de que puede servir como orientación para valorar el grado de idoneidad en la prevención, detección y sanción de delitos por parte de una persona jurídica en Ecuador, a falta de otro estándar internacional o nacional, pues esta norma se basa en la ISO 19600 de carácter internacional sobre *compliance* en general –además de ser la UNE 19601 certificable–.

66 Pues como ya se señaló, el cumplimiento normativo en general puede estar referido a normas estatales como no estatales, incluidas también las propias normas que la empresa adopta para el cumplimiento normativo.

una persona jurídica, partiendo de la regulación societaria, y luego como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal en el COIP, hasta incluso como atenuante.

a) Regulación societaria

En la Ley de compañías (en adelante LC) se regula la figura de los comisarios que no son sino organismos de fiscalización y control nombrados por la propia compañía. En las compañías anónimas es obligación tener un comisario, mientras que en las compañías limitadas es facultativo⁶⁷. La junta general de las compañías es la que designa a los comisarios.

En el caso de las compañías limitadas, pueden tener un órgano de vigilancia llamado comisión –o consejo– designado por la junta general⁶⁸, pero para ello el número de socios de la compañía deberá ser superior a diez. Este órgano estará conformado por tres miembros, socios o no, cuyas obligaciones fundamentales serán “velar por el cumplimiento, por parte de los administradores o gerentes, del contrato social y la recta gestión de los negocios”⁶⁹. Como se ve, estas serán sus “obligaciones fundamentales”, por lo cual no obsta que por parte de la junta general en su capacidad autorregulativa⁷⁰ se extiendan a demás obligaciones, tales como velar por el cumplimiento no solo de los administradores o gerentes sino de todos los miembros de la persona jurídica, pues en la frase “recta gestión de los negocios” sin duda está incluida el cumplimiento de la legalidad, más si se considera que los socios tienen el derecho de impugnar los acuerdos sociales siempre que fueren contrarios a los estatutos o la ley⁷¹, es claro que una compañía en su conjunto debe regirse en base al cumplimiento de la legalidad.

Ahora, ¿qué sucede si una compañía limitada no excede de diez socios pero quiere contar con un órgano de vigilancia? Pues, como se indicó más arriba, puede recurrir a la figura del comisario como órgano de fiscalización, en ejercicio facultativo de su autorregulación empresarial. Esto no obsta para que pudiendo tener una comisión de vigilancia, la persona jurídica así mismo quiera crear o conceder las facultades de comisario a otra persona. Si bien en este punto es preferible que se perfilen mejor las facultades de cada uno de ellos para saber a quién materialmente le incumbe la supervisión y vigilancia del cumplimiento de la legalidad en la empresa, si bien

67 Se hablará de la regulación societaria de estos dos tipos de compañías pues suponen la vasta mayoría de sociedades dentro del tráfico jurídico ecuatoriano.

68 Art. 118 b) LC.

69 Art. 135 LC.

70 Esto también parte de la idea del Derecho societario como Derecho privado. Así, todo lo que la ley expresamente no prohíba, se entiende que está permitido –art. 8 Código civil- *a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley*–.

71 Art. 114 h) LC.

pueden ser ambos, es recomendable establecer expresamente la jerarquía entre estos dos órganos creados por la empresa.

Como último punto, tómesese en cuenta que en lo no previsto para las compañías limitadas, se aplicarán en subsidio lo previsto para las compañías anónimas en cuanto no se opongan a su naturaleza⁷². Que siendo el caso, la regulación de los comisarios, no hay ningún motivo para oponerse en base a la naturaleza de la compañía limitada.

En el caso de las compañías anónimas, es obligatoria la asignación de un comisario. Tanto así, que a falta definitiva de este por cualquier causa y si no se convocara a la junta general en el plazo de quince días desde su ausencia para que se realice la designación correspondiente⁷³, el Superintendente de Compañías, de oficio o a petición de cualquier accionista, designará a uno o varios comisarios para la compañía, hasta que la junta general realice su propia designación⁷⁴.

Los comisarios poseen derecho ilimitado de inspección y vigilancia sobre todas las operaciones sociales; son un órgano independiente de la administración que actúa en interés de la compañía⁷⁵, siendo una atribución y obligación de ellos la fiscalización en todas sus partes de la administración de la compañía⁷⁶. Otras atribuciones y obligaciones especiales para los comisarios, en lo que interesa en nuestro tema, es la vigilancia en cualquier tiempo de las operaciones de la compañía y presentar a la junta general las denuncias que reciba de la administración⁷⁷. Pues no cabe duda de que dentro de esa vigilancia también entra el cumplimiento de la legalidad en las operaciones de la compañía. Un punto muy relevante acerca de los comisarios es el hecho de que les está prohibido delegar el ejercicio de su cargo⁷⁸.

Así mismo, dentro de las compañías anónimas, en ejercicio de su facultad autorregulativa, también pueden designar para su fiscalización y control a consejos de vigilancia o de inspección –como las compañías limitadas–, y siendo así el caso, estos órganos tendrán los mismos derechos, obligaciones y responsabilidades que los comisarios⁷⁹.

72 Art. 142 LC.

73 Pues es la junta general en la compañía anónima, así mismo, la que tiene la competencia para nombrar comisarios –art. 231.1 LC–

74 Art. 277 LC.

75 Art. 274 LC.

76 Velando porque se ajuste no solo a los requisitos sino también a las normas de una buena administración –art. 279 inc. 1 LC–

77 art. 279.8 y 11 LC respectivamente. Vid. igualmente todo el catálogo del art. 279 acerca de las atribuciones y obligaciones de los comisarios.

78 Art. 280.2 LC.

79 Art. 287 LC.

Como se ve, la existencia en la regulación societaria de los comisarios y la comisión o consejo de vigilancia, hace que sea más fácil adoptar, por parte de estas personas jurídicas, un *compliance* en su empresa. Puesto que estos organismos de fiscalización y control pueden fungir como *compliance officer* –aunque no tengan esa definición como tal– dándoseles estas atribuciones y los recursos para ello. Basta que la persona jurídica se organice de alguna manera para poder prevenir, detectar y sancionar delitos, cumpliendo así lo implícitamente exigido por los arts. 49 COIP s., siendo estos organos de fiscalización y control una ayuda para la persona jurídica en el cumplimiento normativo por parte de todos sus miembros.

b) *Compliance* como atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Partiendo de la idea de que no se puede tratar a la persona jurídica en peor condición que a la persona natural, como manifestación del derecho a la igualdad, igualmente predicable de ella, más aún en Derecho penal, deben ser también de aplicación para estas las circunstancias atenuantes de la infracción penal, claro está, cuando puedan ser aplicables según la naturaleza de la persona jurídica; igualmente, porque de la literalidad del texto no se desprende ninguna diferenciación entre personas naturales y jurídicas. Así tenemos a *prima facie* que pueden ser de aplicación tanto la reparación voluntaria del daño o indemnizar integralmente a la víctima –art. 45.4 COIP–, como presentarse de forma voluntaria a las autoridades de justicia –art. 45.5 COIP–, así como también el colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación –art. 45.6 COIP–, igualmente –requiriendo cierta explicación posterior– el intentar de forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediata a la víctima –art. 45.3. COIP–.

Dentro de un *compliance* en la empresa, se puede regular que en el evento de cualquier incidente legal –no sea ya solo penal–, la persona jurídica repare o indemnice a la persona jurídica, cuando vea que por su organización defectuosa facilitó que uno de sus miembros cometiera un delito o ilícito en general. Esto no serviría ya solo como atenuante sino que también se podría enjuiciar de manera clara el núcleo de su responsabilidad penal.

Así mismo, como todo *compliance* idóneo debe poseer un canal de denuncias el cual sea gestionado por su oficial de cumplimiento, que, como vimos en el caso del Ecuador, pueden fungir como tales los comisarios y la comisión de vigilancia, en el cual también se regule la forma como la empresa va a investigar internamente dicha actuación denunciada. La persona jurídica luego de haber recabado información respecto de dicha actuación y como culminación de su proceso investigativo, dé aviso a las autoridades de dicha actuación –si esta lo cree conveniente para su defensa– y ponga a disposición de las mismas toda la información recabada por el órgano correspondiente dentro de la empresa.

Así, el art. 45, numeral 5 y 6 COIP pueden ser aplicados directamente —o si se quiere: de forma analógica— cumulativamente, puesto que la empresa no solo se presenta de forma voluntaria ante las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción al ocultar dicho evento e información, sino que también colabora con la investigación de la infracción poniendo a disposición los datos antes referidos. Esto es de gran utilidad para la persona jurídica puesto que el COIP exige la concurrencia de al menos dos circunstancias atenuantes para poder imponer el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducido en un tercio⁸⁰.

En aras de dicha información proporcionada por la empresa, cuando esta sea precisa, verdadera, comprobable y relevante para la investigación, se le podrá aplicar también a la persona jurídica la atenuante trascendental del art. 46 COIP. Parecería ser que cuando la empresa realice una idónea investigación interna y con ello obtenga datos o información relevante para la investigación se podrá beneficiar de esta atenuante trascendental que no requiere de otra más para imponer el tercio de la pena mínima. Esto puede suceder cuando exista una investigación previa en la que esté involucrada ya la persona jurídica —incluso llamándola a que de su versión⁸¹—, no pudiendo aprovecharse de la atenuante del art. 45.5. COIP, pero sí de la del art. 46 COIP cuando esta, gracias a su investigación interna, posea información precisa, verdadera, comprobable y relevante para la investigación que realiza la Fiscalía.

Sobre la atenuante tercera del art. 45 COIP, está pensada para los casos en que habiendo delito, la persona intenta de alguna manera hacer menos gravosa las consecuencias del mismo, así como brindar auxilio o ayuda inmediata a la víctima. No se entendería por qué en estos casos de la persona jurídica no pueda predicar dicha actuación, si, como dijimos, dentro del *compliance* se puede establecer el hecho de indemnizar a la víctima, también se puede establecer el brindar otro tipo de ayuda a esta que no sea la económica, pues ya estaría abarcada por la otra atenuante.

El hecho de que sea normalmente el oficial de cumplimiento de la empresa el que realice esta labor, no obsta para que la persona jurídica se pueda beneficiar en dicho supuesto, pues si se considera que solo la persona infractora puede intentar ayudar, y esta en sentido estricto solo es la persona jurídica *per se*, se puede recurrir a la figura de la analogía *in bonam partem*⁸² para incluir casos en los que una persona

80 Art. 44 inc. 2 COIP.

81 Por su puesto en este caso, asignándose a una persona física para ello, no teniendo que ser necesariamente el representante legal, pues piénsese en los casos en que sea esta persona física la que haya presuntamente cometido el delito. Se deberá asignar especialmente una persona física para que represente a la persona jurídica durante la investigación previa y el eventual proceso penal, salvando cualquier forma de conflicto de intereses con la persona natural eventualmente investigada y luego procesada.

82 Art. 13.3 COIP, pues señala el legislador penal que queda prohibida la analogía *in malam partem*; a *contrario sensu* entonces, la analogía *in bonam partem* está permitida. Dejándose abierta la posibilidad de aplicación de este tipo de analogía beneficiosa para la persona jurídica en los demás supuestos de

física en representación de la jurídica sea la que intente remediar las consecuencias de la infracción o auxiliar a la víctima, pues por supuesto la persona jurídica como tal no podría nunca ayudarla pero sí una persona física designada para estos efectos.

Además, puede haber casos en los que estemos ante una continuidad delictiva, o un delito permanente –o también de estado–, en el cual la persona jurídica, si bien habiendo ya consumación, puede *intentar* anular o disminuir las consecuencias de dicho delito o brindar ayuda a la víctima, pues este es el fundamento del art. 45.3 COIP.

Tómese en cuenta que la conducta puede seguir en grado de tentativa, en tales casos y si la persona jurídica logra evitar su consumación ya no será una atenuante, sino que se la aplicará la exención de responsabilidad penal por desistimiento y arrepentimiento del art. 40 COIP⁸³.

Entonces, estas atenuantes también deberán ser consideradas para la persona jurídica, que, como vimos, siendo la pena de multa la predilecta por el legislador a aplicar como pena a las personas jurídicas, esta se puede rebajar hasta el tercio de la pena mínima de multa establecida, siendo más coherente así con el principio de proporcionalidad –art. 76. 6 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE)– y los postulados de la individualización de la pena del art. 54 COIP⁸⁴. No pudiéndose predicar esto de otras penas para la empresa por su naturaleza jurídica, tales como la extinción, clausura definitiva, disolución, etc.

c) *Compliance* como criterio de determinación judicial de la pena para la persona jurídica

Las atenuantes son una forma de individualización de la pena; así lo establece expresamente el art. 54.1 COIP. Ahora, el inciso segundo del art. 44 COIP exige que para obtener el beneficio de la reducción en un tercio de la pena mínima deben existir al menos dos circunstancias atenuantes. Surge la cuestión, primero, de cómo individualizar la pena para la persona jurídica en los casos en que exista únicamente una atenuante de las del art. 45 COIP. Y segundo, si como vimos, el *compliance* se puede manifestar en las atenuantes del art. 45 aplicables para la persona jurídica. Sin embargo, qué sucede en los casos en los que el *compliance* se manifiesta de alguna u otra forma no cubierta por las atenuantes del artículo pero que demuestran de la persona jurídica una menor responsabilidad penal, teniéndose que dosificar la pena

atenuación u otras formas de circunstancias que pueden afectar a la persona jurídica en la calificación o atenuación de su responsabilidad.

83 También pudiéndose hablar de no existencia de un defecto de organización –injusto– pues la persona jurídica ha prevenido el delito de la persona física.

84 Sobre todo el numeral primero, pues el juzgador para individualizar la pena debe tener en cuenta: “[l]as circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes”. [el resaltado es nuestro].

atendiendo a dichas circunstancias para que esta sea proporcional –art. 76.6 CRE y art. 54 COIP–.

Sobre el primer punto, el hecho de que concurra una atenuante y no se pueda reducir la pena más allá del marco establecido por el legislador, no obsta para que el juez, en los casos en que se pueda modular dicha pena, así individualizándola para el caso concreto como mandato del art. 54 COIP, pueda asignar la pena mínima establecida en el tipo penal que, como se vio, en el caso de la persona jurídica es la pena de multa la que tiene la capacidad de ser dosificada.

El hecho de asignar la pena mínima viene de la consideración de que si el inciso segundo del art. 44 COIP requiere dos atenuantes para reducir a un tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal, pues si concurre una atenuante por lo menos se debería individualizar la pena en la mínima establecida por el tipo penal. Esto es también es así porque el art. 54.1 COIP manda al juzgador a individualizar la pena para cada persona observando las “circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes”. Entonces, en el evento de que concurra una atenuante, el juzgador deberá tener esto en cuenta en la individualización judicial de la pena, debiéndose asignar la pena mínima para estos casos⁸⁵. El mismo fundamento y aplicación merecen los casos en que concurra una atenuante para la persona física.

Sobre el segundo punto, estamos ante el supuesto de considerar al *compliance* como parámetro idóneo dentro de la determinación judicial de pena, pues la existencia de uno, aunque sea de manera defectuosa⁸⁶, denotaría una menor responsabilidad penal de la persona jurídica en estos casos, debiendo el juez dosificar la pena para la persona jurídica conforme a si esta se ha organizado de alguna manera para poder prevenir, detectar y sancionar delitos en su seno, aunque el *compliance* haya sido no idóneo, pues si fue idóneo para ese delito, no existiría defecto de organización por parte de la persona jurídica y esta no habría cometido delito alguno.

Entonces, el juez así mismo debe recurrir al art. 54 COIP para individualizar la pena, en la que uno de los parámetros serán las *circunstancias del hecho punible*, pues el poseer cualquier tipo de control para estos delitos denota de la persona jurídica una cierta posición de respeto a la legalidad, aunque esta no haya sido tal que su responsabilidad.

85 Tómesese a este tipo de atenuante como una *atenuante incompleta*, pues si el legislador penal expresa que si concurren dos se rebajará el tercio de la pena mínima, pues ¿qué sucede cuando hay una? En estos casos la atenuación sería incompleta y el juez debería imponer la pena mínima para el tipo penal, siendo coherente con el principio de proporcionalidad del art. 76.6 CRE y así mismo con los parámetros de la individualización judicial de la pena del art. 54 COIP, especialmente su numeral primero.

86 Pues si no lo fuera, no existiría ya responsabilidad penal de la persona jurídica. Estamos aquí ante los casos en que habiendo responsabilidad de la persona jurídica, el juez deba modular la pena para ella.

d) *Compliance* como mecanismo de reparación integral

El art. 78 numeral cuarto COIP establece como forma no excluyente de reparación integral a la víctima las garantías de no repetición que se “orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas”. Pues en esta medida, la adopción o mejoramiento de un *compliance* por parte de la persona jurídica cuando haya habido sentencia condenatoria puede ser una forma para garantizar su no repetición, puesto que el *compliance* –a efectos penales– como primer elemento se basa en la prevención de delitos y estas garantías de no repetición se identifican, según el mismo artículo, con “la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género”.

El juez podría entonces en sentencia, según el art. 622.6. COIP⁸⁷ como mecanismo de reparación integral a la víctima, ordenar la adopción o la mejora de un programa de cumplimiento normativo que prevenga de manera idónea la comisión de delitos del mismo género –art. 78 numeral cuarto COIP–, en aras de garantizar la no repetición de conductas similares en la persona jurídica.

e) *Compliance* como forma de exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica

En este punto, hemos llegado al máximo reconocimiento de la persona jurídica como integrante de nuestro sistema penal: otorgándole un núcleo y exclusión de su propia responsabilidad. Este núcleo –y su exclusión– es el defecto de organización, pues al haberse la empresa organizado correctamente para prevenir o dificultar los delitos que se cometen en su beneficio, nada tendría que reprochar el Estado a esta. Así las cosas, se presenta al *compliance* como marco fundamental para poder enjuiciar el núcleo de esa responsabilidad⁸⁸.

Se analiza el defecto de organización con base en el delito realizado por la persona física en la persona jurídica, que comprende el valorar si *ex ante* existieron mecanismos idóneos de prevención y control para el delito cometido por la persona física.

87 “[I]a sentencia escrita deberá contener: 6. [I]a condena a reparar integralmente los daños ocasionados [...] y demás mecanismos para la reparación integral”. Pues estos demás mecanismos de reparación integral son los establecidos, como *numerus apertus*, en el art. 78 COIP, siendo uno de ellos la garantía de no repetición.

88 Esto parece ya haber inspirado al legislador ecuatoriano en una posible reforma al COIP, en donde se discute su inclusión en los siguientes términos: “[...] cuando la comisión del delito ha sido a causa del defecto de organización de la persona jurídica ya sea por falta de implementación de programas de cumplimiento o por el incumplimiento de los deberes de prevención, dirección y supervisión[...], reforma al art. 49 COIP en: Informe para segundo debate del proyecto de ley orgánica reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, 2019.

REFERENCIAS

Artaza Varela, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: fundamentos y límites*. Madrid, Marcial Pons, 2013.

Bacigalupo Saggese, Silvina. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

Bacigalupo Saggese, Silvina. “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, en *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídica*. Zugaldía Espinar, José Luis (coord.) y Marín De Espinosa Caballos, Elena (coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, pp. 67-101.

Coca Vila, Ivó. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Silva Sánchez, Jesús-María (dir.), Montaner Fernández, Raquel (coord.), Barcelona, Atelier, 2013.

De La Cuesta, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De La Mata Barranco, Norberto J. (coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, pp. 49-102.

Díez Ripollés, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2012, pp. 1-33.

Feijoo Sánchez, Bernardo. “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bajo Fernández, Miguel; Feijoo Sánchez, Bernardo y Gómez-Jara Díez, Carlos, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 65-90.

García Cavero, Percy. *Criminal Compliance*. Lima, Palestra, 2014.

Gómez-Jara Díez, Carlos. *La Culpabilidad penal de la empresa*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

Gómez-Jara Díez, Carlos. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bajo Fernández, Miguel, Feijoo Sánchez, Bernardo, y Gómez-Jara Díez, Carlos, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Gómez-Jara Díez, Carlos. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Gómez-Jara Díez, Carlos (dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, pp. 93-161.

Gómez-Jara Díez, Carlos. *La responsabilidad penal de la empresa en los EE.UU.* Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

Gómez-Jara Díez, Carlos. “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: cuestiones de *lege lata* y de *lege ferenda*”, en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Gómez-Jara Díez, Carlos (dir.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, pp. 239-307.

González Sierra, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Gracia Martín, Luis. “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18, 2016, pp. 1-95.

Jaén Vallejo, Manuel. *El concepto de acción en la dogmática penal*. Madrid, Colex, 1994.

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Marinucci, Giorgio. *El delito como “acción”: crítica de un dogma*. Madrid, Marcial Pons, 1998.

Mayordomo, Virginia. “El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en “razones de equidad, justicia o utilidad pública»”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De La Mata Barranco, Norberto J. (coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, pp. 267-308.

Montiel, Juan Pablo. “Cuestiones teóricas fundamentales del *Criminal Compliance*”, en *Letra IV*, número 7, 2017.

Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008.

Nieto Martín, Adán. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa” *Política Criminal*, n.º 5, 2008, pp. 1-18.

Nieto Martín, Adán. “El cumplimiento normativo”, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Nieto, Martín, Adán (dir.), Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, Blanco Cordero, Isidoro, Pérez Fernández, Patricia, García Moreno, Beatriz, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Pérez Machío, Ana Isabel. “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De La Mata Barranco, Norberto J. (coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, pp. 21-48.

Pozo Torres, Juan Francisco. *Fundamentos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Ecuador*. Quito, Corporación Estudios y Publicaciones, 2018.

Prittwitz, Cornelius. “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*. Kuhlen, Lothar, Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), Madrid, Marcial Pons, 2013.

Rotsch, Thomas. “Criminal Compliance”, en *InDret* 1/2012, Barcelona, 2012.

Schünemann, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo n.º 41, 1988, pp. 529-558.

Sutherland, Edwin. *El delito de cuello blanco*. Buenos Aires, B de F, 2009.

Terradillos Basoco, Juan. *Estudios sobre Derecho penal de la empresa*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

Villegas García, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: la experiencia de los Estados Unidos*. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

Zúñiga Rodríguez, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

Zúñiga Rodríguez, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*. Lima, Jurista Editores, 2013.

LEGISLACIÓN

Ley de Compañías, Registro Oficial n.º 312 de 05 de noviembre de 1999.

Código del Trabajo, Registro Oficial Suplemento n.º 167 de 16 de diciembre de 2005.

Código Civil, Codificación n.º 2005-010.

Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, *Registro Oficial* n.º 180 del 10 de febrero de 2014.

Código Penal de España, L.O. 10/1995, de 23 de noviembre.

Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial* n.º 449 del 20 de octubre de 2008.