



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DE EMPRESA**

**Trabajo de Titulación Examen Complexivo para la obtención del
grado de Magíster en Derecho de Empresa**

**ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA: “LAS PENAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Y LA INTEGRACIÓN DE MEDIDAS DE
PREVENCIÓN DE RIESGOS DE RESPONSABILIDAD NORMATIVA”**

**ELABORADO POR:
Cristhian Antonio Torres Alvear**

Guayaquil, a los 22 días del mes de junio del año 2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DE EMPRESA**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. **Christian Antonio Torres Alvear**

DECLARO QUE:

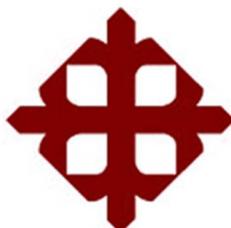
El examen complejo: **Análisis de la incidencia: LAS PENAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Y LA INTEGRACIÓN DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS DE RESPONSABILIDAD NORMATIVA** previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Empresa**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 22 días del mes de Junio del año 2017

EL AUTOR

Ab. Christian Antonio Torres Alvear



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESA**

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. **Christian Antonio Torres Alvear**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo: **Análisis de la incidencia: LAS PENAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Y LA INTEGRACIÓN DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS DE RESPONSABILIDAD NORMATIVA** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 22 días del mes de Junio del año 2017

EL AUTOR:

Ab. Christian Antonio Torres Alvear

DEDICATORIA

Dedico este tema de tesis a mi familia, a mis padres que sin duda son parte de la lucha constante y mucho más de este logro alcanzado. El presente trabajo realizado está dedicado a la sociedad en sí, A las empresas personas jurídicas, que por desconocimiento total o parcial de la ley no han sabido emplear medidas de prevención de riesgos de responsabilidad es por la cual está dedicado a las personas jurídicas para establecer medios mecanismos que contribuyan a establecer medidas de prevención dentro del nuevo sistema integral penal que impera en el Ecuador.

Cristhian Antonio Torres Alvear

INDICE GENERAL

Resumen	7
ABSTRACT	8
Introducción	9
Delimitación del problema	11
Pregunta científica	12
Justificación	12
Relevancia social	14
Aporte teórico-práctico	14
Objetivo General	15
Objetivos específicos	15
Premisa	16
Desarrollo	16
Fundamentación Doctrinal	16
Teoría de Von Lizst	18
Las penas para las personas jurídicas en el Código orgánico integral penal	20
Marco Metodológico	25
Métodos: teóricos y empíricos	25
Análisis de la investigación	25
LA AUTOREGULACION DE LA PERSONA JURIDICA	25
El compliance o programa de cumplimiento normativo	26
Chief Compliance Officer	26
Programa de Compliance	27
Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos	27

Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.....	28
Discusión	31
Conclusión.....	35
Referencias.....	39

Resumen

Ha quedado demostrada la imperiosa necesidad que existe en la actualidad de establecer algún tipo de mecanismo que permita actuar de manera directa sobre este tipo de sujetos. De este modo se puede, no sólo controlar las diversas actividades delictivas llevadas a cabo por este tipo de entidades, sino que también permitirá solventar todos aquellos impedimentos y defectos de los que adolece el sistema penal ecuatoriano, Además, permitirá erradicar la impunidad de la que hacen gala en este momento las diversas conductas llevadas a cabo por la totalidad de las personas jurídicas existentes. El objetivo de este estudio es hacer una reflexión sobre el hecho de que el sistema legislativo actual, lejos todavía de su absoluta perfección, necesita ser revisado con cierta periodicidad, para que de este modo sus preceptos se ajusten con total precisión tanto a la realidad, como a las emergentes y diversas problemáticas a las que la población se enfrenta cada día. Los legisladores jamás pensaron que, además de las personas físicas, alguien pudiera cometer conductas delictivas y por ello en el momento de establecer las bases del sistema penal actual, establecieron únicamente ciertos requisitos en lo referente a las diversas conductas llevadas a cabo por los seres humanos. Esta realidad no implica que, debido a la introducción de otra categoría de sujetos en su comisión, así como por el perfeccionamiento y desarrollo de nuevas modalidades en su realización, impidan la modificación de nuestros sistemas jurídicos y legales, para posibilitar el castigo de este tipo de conductas.

Palabras claves: Personas Jurídicas, responsabilidad normativa, medidas de prevención, actividades delictivas.

Abstract

It has been demonstrated that there is an urgent need now to establish some kind of mechanism to act directly on such subjects. Thus you can not only control the various criminal activities carried out by such entities, but will also allow overcome those impediments and defects vitiating the Ecuadorian penal system also allow eradicate impunity flaunt at this time the various behaviors carried out by all existing legal entities. The aim of this study is to reflect on the fact that the current legislative system, still far from its absolute perfection, needs to be reviewed at certain intervals, so that thus its provisions conform with precision both reality, as emerging and diverse problems to which the population faces every day. Lawmakers never thought that besides individuals, someone could commit crime and therefore conduct at the time of establishing the basis of the current penal system, established only certain requirements in relation to various behaviors carried out by humans. This reality does not mean that, due to the introduction of another category of subjects in the commission, as well as the improvement and development of new modalities for its implementation, preventing the modification of our judicial and legal systems, to allow the punishment of this type behavior.

Keywords: Corporations, regulatory responsibility, prevention, criminal activities.

Introducción

La siguiente investigación tendrá su campo de desarrollo en el derecho penal económico, específicamente en la vertiente de la responsabilidad penal de los empresarios y de las personas jurídicas como entes capaces de ser imputados responsabilidad por delitos. A partir de 2014, con la expedición del Código Orgánico Integral Penal, las personas jurídicas (por ejemplo, las compañías) pueden ser declaradas responsables de haber cometido delitos. (Perez Bustamante&Ponce, 2013)

Antes de esta reforma, las personas jurídicas públicas o privadas no podrían ser sujetos con responsabilidad penal dado que no existían delitos que pudieran ser cometidos por ellas. La responsabilidad penal en última instancia, recaía sobre los representantes legales de las personas jurídicas. La creación de nuevos tipos penales (delitos) estableció la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas de cualquier tipo.

Actualmente es casi unánime el reconocimiento que se hace de la titularidad de las personas jurídicas de ciertos derechos, ya sean de carácter económico o de carácter instrumental como los de tutela judicial efectiva o debido proceso; estos últimos justificados por servir a fines que tienen que ver más bien con la vigencia del Estado del Derecho. Del mismo modo si las personas jurídicas pueden ser titulares de esos derechos, se ha planteado como real la posibilidad de construir juicios penales en su contra.

Por tanto, se aborda uno de los temas que ha modificado el panorama jurídico penal de los últimos tiempos, la imputación penal de las personas jurídicas, este hecho ha supuesto que los Estados de corrientes romanistas hayan tenido que abandonar el axioma “societas delinquere non potest”, motivados por el gran auge e influencia que tienen en la actualidad las sociedades de capital.

La doctrina partidaria de hacer responder penalmente a las personas jurídicas, no propugna dicha responsabilidad porque lo considere más justo, o por que considere que las personas físicas están sufriendo un trato desigual, si no por razones de utilidad y eficacia del derecho penal en determinados ámbitos, como los atentados medio ambientales realizados por

empresas, donde da la impresión de que los instrumentos penales tradicionales se están mostrando insuficientes e ineficaces.

Es así, que los intereses o los sujetos pasivos pueden ser inciertos o difusos, del mismo modo existen problemas de carácter técnico que no se muestran favorables para el desarrollo de esta reciente rama del derecho. Empero, aún la frecuencia de estos es mínima, aunque con un muy alto grado de criminalidad oculta. Es por eso que las entidades corporativas se ven en la necesidad de buscar alternativas de protección ante errores cometidos por los empleados y directivos que la conforman. La actual legislación penal ecuatoriana, por primera vez incluye la posibilidad de imponer sanciones para las personas jurídicas.

Por tanto, el presente análisis se basa en dos ejes:

1.- Las unidades de análisis en primer orden serán las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal, para ello se analiza la responsabilidad de las personas jurídicas en un sentido teórico con el fin de entender mejor la aplicación de la sanción punitiva.

2.- En segundo lugar, se toma las medidas de prevención de riesgos de responsabilidad penal que contiene la legislación comparada, conocidos también como “Compliance¹”, para su estudio se recurre a sistemas normativos que han desarrollado esta figura.

3.- Se considera que por razones de eficacia se deben interpretar las consecuencias para sociedades, introduciendo preceptos que contemplen penas para personas jurídicas.

Lo pergeñado en este estudio, aspira a convertirse en un referente que encamine los estudios teóricos y que sirva para determinar los contextos que podrían servir como atenuantes en un proceso penal, y proponer mejora al COIP.

¹ El compliance o cumplimiento normativo consiste en establecer las políticas y procedimientos adecuados y suficientes para garantizar que una empresa, incluidos sus directivos, empleados y agentes vinculados, cumplen con el marco normativo aplicable.

Delimitación del problema

La realidad que vive actualmente el país es distinta a la que ha venido enfrentando la dogmática del Derecho Penal clásico, como ya en el año 1934 Jiménez de Azua afirmaba que “hasta hace poco el español de presa, ansioso de despojar a los demás de su fortuna o de sus ahorros se echaba al monte con clásicos sombreros calañes y tabuco. Hoy crea sociedades y empresas, desfigura balances, disimula desembolsos y facturas y escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil.

El artículo 49 del código Orgánico Integral Penal, vigente a partir del 10 de agosto de 2014, señala que las personas jurídicas serán penalmente responsables por la acción u omisión de:

- Quienes ejercen su propiedad y control
- Sus órganos de gobierno o administración
- Apoderados, mandatarios, representantes legales o convencionales.
- Terceros que contractualmente o no estén incluidos en una actividad de gestión.
- Ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión
- De manera general quienes actúen bajo las órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

Evidentemente la persona jurídica no puede directamente cometer un delito, sin embargo, los actos u omisiones que involucrarán a la persona jurídica en la responsabilidad penal, son los que provienen de: propietarios, directores o representantes legales, operadores, terceros con o sin contrato con alguna actividad de gestión en la persona jurídica, y hasta de los empleados que cumplan órdenes. Todas estas personas cuyas acciones u omisiones pueden involucrar penalmente a la empresa, también serán responsables en el campo penal a título personal.

Es un desafío realizar un análisis sobre algo que existe tan solo como texto legal y que no ha sido objeto de ninguna fundamentación para su incorporación en la legislación penal ecuatoriana. No existen los sustentos facticos, tampoco los jurídicos. Se ha entrado sin defensa ni armas, literalmente a ciegas, a lidiar con los aplicadores del Derecho; solo se tiene como bagaje la vasta dogmática jurídica que construye la teoría del delito, y los principios constitucionales que limitan el poder punitivo del estado, y, con ellos, se tiene que enfrentar la realidad de las próximas imputaciones fiscales y judiciales.

No hay doctrina penal, por muy moderna, que pueda superar este inconveniente (que implica destruir un edificio de esquema de imputación que se ha elaborado por más de cien años), sin embargo, hay un sector de la doctrina que ve la NECESIDAD POLÍTICO CRÍMINAL de trasladar la actuación de las personas jurídicas hacia la potestad punitiva, por motivos como la criminalidad organizada, fraudes corporativos y especialmente el lavado de dineros y fue así como, sin aprobación dogmática avaladora y bajo el amparo de que en materia penal la única fuente viable es la ley escrita.

Pregunta científica

¿Cuáles circunstancias podrían considerarse como atenuantes en los casos de responsabilidad penal de personas jurídicas?

Justificación

El Derecho Empresarial, es una rama del Derecho que se encarga de guiar las actividades dentro y fuera de las organizaciones. (Peralta,Tania, 2013)

El correcto funcionamiento de las empresas, depende en gran medida de sus normas, las cuales se vinculan con las distintas categorías del derecho. (Peralta,Tania, 2013). Es por ello que se relaciona con otras ramas del derecho, tales como el civil, comercial, bursátil, patrimonial y mercantil; que a su vez forman parte del derecho corporativo y comercial. (UTEL, 2013)

Pero más allá del mencionado relacionamiento ¿qué es lo que está motivando la introducción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación?

Para los estudiosos de esta materia, la necesidad del castigo a la persona jurídica se sustenta en una triple motivación:

1.- La **concepción de la empresa como un foco de delincuencia**: partiendo de la concepción filosófica de que la propia existencia de cualquier tipo de organización genera por sí sola factores criminógenos que incrementan las posibilidades de un comportamiento individual desviado, el mundo actual de los negocios incrementa exponencialmente tales factores.

2.- La **necesidad de involucrar a socios y altos directivos en la prevención de comportamientos delictivos en el seno de la empresa**: lamentablemente, no hay nada como la amenaza de sanción directa a la persona jurídica, que de una manera u otra siempre acabará teniendo incidencia en el resultado económico de un ejercicio, para que socios y altos directivos tomen conciencia de que, igual que adoptan políticas de empresa para la obtención de objetivos económicos, deben adoptar las medidas *demanagement* necesarias para la obtención de objetivos legales.

3.- La **necesidad de incrementar la eficacia del proceso penal**: a menudo nos hallamos con procesos penales en los que, al investigar un delito cometido en el seno de la empresa, tras largos y costosos años de procedimiento no es posible llegar a atribuir la responsabilidad penal a ninguna persona física, o la persona contra la que se ha dirigido la acción penal no acaba siendo condenada pues en la misma no concurren todos los elementos del tipo penal que se pretende aplicar. Así, el delito se ha cometido, hay posiblemente terceros perjudicados por el mismo, el Estado ha puesto en marcha la costosa y lenta maquinaria de la Administración de Justicia y el resultado es que el delito queda finalmente impune.

El esquema de responsabilidad penal de la persona jurídica que ofrece el COIP es muy amplio en función a que personas dentro de la empresa pueden actuar dentro de la misma configurando la comisión de un delito del cual pueda responder la empresa (en la medida en que esa posibilidad esté expresamente tipificada). Sin embargo, existe un requisito adicional que es que el perjuicio causado en la lesión de ese bien jurídico tenga como contrapartida el beneficio patrimonial de la empresa, por lo que, si el beneficio opera para un tercero (independientemente de que sea administrador, directivo, accionista, etc.).

Este tema de ensayo encuentra su justificación en la necesidad de establecer políticas criminales justas y que se enfoquen en la correcta aplicación de los principios del debido proceso (Zambrano Pasquel, 2005) y concatenado con el correcto desarrollo que deben tener las corporaciones.

Relevancia social

Adicionalmente, el Código incluye la existencia de una responsabilidad dual, esto quiere decir que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando éstas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.

Dentro de la responsabilidad penal de la persona jurídica no solo se incluye a las compañías mercantiles, nacionales y extranjeras, sino también a las fundaciones y corporaciones (personas jurídicas sin fines de lucro), las cuales pueden ser responsables por cualquier delito tipificado en el Código. Es decir, toda persona jurídica tendrá responsabilidad penal siempre que se cumplan las siguientes circunstancias:

- a. Que el delito cometido tenga la finalidad de generar beneficio propio a la persona jurídica o a sus asociados,
- b. Que el delito provenga de la acción u omisión de cualquiera de los agentes enunciados anteriormente.

Aporte teórico-práctico

"No hay pena sin dolo o imprudencia", principio de culpabilidad que debe regir también en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de manera que la persona jurídica no puede responder penalmente per se de manera automática por la conducta de la persona física autora del hecho punible (por mucho que ésta sea un empleado o, incluso, un administrador de aquélla), sino que únicamente debería responder de conductas que sean imputables a la propia persona jurídica.

En la difícil tarea de trasladar este principio de culpabilidad a la persona jurídica, un sector de la doctrina viene sosteniendo que el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica se halla en la constatación de un *defecto de organización* en su seno del que debe responder. De esta manera, cuando el delito lo comete un administrador o representante legal la persona jurídica será responsable en una suerte de culpa *in eligendo* de haber puesto al frente de la misma a una persona física que actúa incumpliendo la legalidad penal. Cuando el delito lo comete un empleado o colaborador, la persona jurídica respondería por culpa *in vigilando* por no haber establecido los mecanismos de control necesarios para evitar que en su seno se cometan delitos. Ello, no obstante, se da la paradoja de que en la construcción de la culpabilidad de la empresa se están utilizando nociones propias de la imprudencia, cuando la totalidad de los delitos para los que está prevista tal responsabilidad son delitos eminentemente dolosos.

Relevancia Metodológica

Se introdujo en países como España en tiempos recientes la responsabilidad penal de la empresa, primero, mediante sanciones que eran llamadas “consecuencias accesorias” para las personas jurídicas y actualmente, a través de la implementación de “verdaderas penas”, si así cabe llamarlas y es ésta última postura la que ha adoptado el COIP.

En la actualidad como es de pleno conocimiento la criminalidad tiene una naturaleza incorpórea, al manifestarse por intermedio de compañías y empresas, que son utilizadas como medios para crear y realizar delitos y utilizar el velo societario como medio de escape de los directamente responsables (Cortázar Vinuesa, 2004).

Objetivo General

Determinar los contextos que podrían servir como atenuantes en un proceso penal, y proponer una mejora al COIP estableciendo las mismas.

Objetivos específicos

- Establecer cuáles serían las condiciones para determinar la existencia de atenuantes en la responsabilidad penal de la persona jurídica.
- Aportar con conclusiones sobre esta materia y las dificultades con las que se puede encontrar el legislador ecuatoriano para su efectiva incorporación.

Premisa

La realidad que rodea al ciudadano ecuatoriano, así como la manera de llevar a cabo diversas conductas delictivas, ha evolucionado con el paso del tiempo gracias a su mayor sofisticación y a la adopción de una mayor gama de formas o actividades que dificultan tanto su localización como su regulación. El surgimiento de nuevas formas de criminalidad organizada, el libre comercio, la apertura de fronteras y la eliminación de barreras legislativa, entre otras circunstancias, han favorecido la comisión de todo tipo de delitos económicos por parte de las personas jurídicas. Además, permiten que este tipo de comportamientos queden totalmente impunes, debido a la imposibilidad de establecer cualquier tipo de sanción o castigo sobre los mismos por parte de nuestro actual modelo de ordenamiento jurídico.

Dicho modelo tradicional establece como premisa básica y esencial, la necesaria concreción de la acción, ejecución, poder de decisión e información en relación al sujeto que lleva a cabo este tipo de comportamientos. Sin embargo, esta cuestión es prácticamente imposible teniendo en cuenta la realidad societaria actual en la que nos movemos, donde tanto la constitución de este tipo de entidades, así como su forma de actuar se caracteriza precisamente por la existencia de todo un conjunto de medios y de personas de obligada existencia para el desarrollo de sus actividades. Además de estos problemas de base, el comportamiento de estas sociedades y todas sus manifestaciones exteriores se caracterizan por un alto grado de indeterminación, lo que provoca la imposibilidad del establecimiento de un autor material concreto.

Desarrollo

Fundamentación Doctrinal

Con el nuevo Código Orgánico Integral Penal es innegable la asimilación por parte del legislador ecuatoriano de recoger la responsabilidad penal de las personas jurídica. (industrias.ec, 2016)

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas data de una discusión doctrinaria y que hasta la fecha no tiene consenso alguno en la doctrina penal moderna, sin embargo, subsiste la idea dominante de defender el principio de “Societas delinquere non potest”, que quiere decir que la Sociedad (entendida como 2 persona jurídica) no tiene capacidad de delinquir, pues el esquema del delito contiene dos principios diseñados en función de la persona humana, el de la capacidad de acción y el de culpabilidad. Sin la verificación de ambos, no se puede hablar de la comisión de un delito. (industrias.ec, 2016)

Respecto del primero, se entiende que la realización de la conducta típica (aquella conducta que se ajusta a los presupuestos establecidos como un delito) es producto de la acción u omisión de una persona que tiene capacidad de manifestar una voluntad con un efecto en el mundo exterior o de dirigir una voluntad encaminada a una finalidad. (industrias.ec, 2016)

Esta voluntad no la pueden tener naturalmente las personas jurídicas puesto que ellas actúan a través de sus órganos de administración, precisamente compuestos por personas físicas. (industrias.ec, 2016)

Respecto del segundo, el principio de culpabilidad implica una valoración de reproche por el hecho y de capacidad de actuar de otro modo, cuestión que no le es atribuible naturalmente a una persona jurídica, sino que sólo puede atribuirse a una persona física. (industrias.ec, 2016)

La legislación ecuatoriana, como las demás de la región mantuvieron una posición negativa, el Código penal de 1938 establecía en su Art 338 “Serán reprimidos con prisión de dos meses a dos años y multa de doscientos a ochocientos sucres: el fundador, administrador, director, gerente o sindico de una sociedad o de una persona jurídica de otra índole, que publicare o autorizare un balance o cualquier otro informe falso o incompleto, cualquiera que hubiese sido el propósito al verificarlo.”. (catedrahendler.org, 2016)

Esta negativa a establecer la responsabilidad de las personas jurídica tiene su origen en el aforismo latino: sócitas delinquere non potest.

Esta postura tradicional ha girado en torno a la siguiente argumentación: el primer argumento tiene que ver con la naturaleza de las personas jurídicas, según la teoría de Savigny

la persona jurídica es un ente ficticio, creado para cumplir determinados fines en el ámbito del derecho civil y mercantil, siendo excluido del Derecho Penal.

En el ámbito penal la imputación de las personas jurídicas se ha enfrentado contra los principios básicos de la teoría general de derecho en concreto con el acto, culpabilidad, y la pena.

- En primer lugar, las personas jurídicas no pueden realizar un acto delictivo por sí mismo es necesario que una persona física lo realice por él
- En segundo lugar, a las personas jurídicas no se le puede hacer el reproche propio de la culpabilidad, es decir la norma no puede motivar ni psicológicamente ni normativamente a un ente que no tiene voluntad.
- Y finalmente a las personas jurídicas no se le puede aplicar la sanción más característica del derecho penal como es la privación de libertad, de igual manera la pena no podría cumplir las finalidades reinserción que habitualmente se les asigna.

Teoría de Von Lizst

Una de las primeras teorías que abogó por la responsabilidad de las personas jurídicas fue la elaborada por Von Lizst quien afirma que: “Dado que la acción típica, cuando se realiza en el seno de una persona jurídica, aparece como una expresión del ejercicio de la actividad propia de ésta y que el ordenamiento jurídico atribuye a la misma capacidad de realizar jurídicamente tales actos, surge como primera cuestión a dilucidar la de sí en tales casos la persona jurídica ha realizado la acción típica. Quien puede concluir contratos, puede concluir contratos fraudulentos o usurarios y fundamentado con ello que las personas jurídicas son en el Derecho penal, al menos, capaces de realizar la acción típica.”

Este autor parte del hecho que la ley le otorga a la persona jurídica capacidad de obrar y si tiene capacidad de obrar también es sujeto de derechos y obligaciones, es decir tiene derecho actuar en el tráfico jurídico y tiene la obligación de responder por su comportamiento y más cuando su comportamiento es ilícito.

Uno de los argumentos que sustenta la imputación de las personas jurídicas se refiere a la gran importancia que hoy en día tienen las sociedades de capital cuya influencia se extiende tanto a la economía de un Estado como a la vida de las personas en su conjunto.

De ahí que su incorporación en el ámbito del Derecho Penal responde a la necesidad de dar respuesta al gran volumen de los delitos económico. No olvidemos que Ecuador se ha visto envuelto en hechos tan controvertidos y complejos como es el caso Chevron; la quiebra de bancos tan importantes como Finlanbanco y el Continental.

Por todo esto el legislador ha optado por recoger la responsabilidad de las personas jurídicas en el marco del derecho penal, el caso más reciente es el caso español que modifico su Código Penal en 2010.

En el ámbito anglosajón esta imputación ya se encontraba regulada con mucha anterioridad debido a que parten de la concepción de que la empresa tiene un componente moral que es la ética empresarial compuesto dos elementos un elemento interno:

- La actitud de la empresa frente a sus empleados; y
- Un elemento externo que es el comportamiento de las empresas respecto a los consumidores y a la comunidad, en consecuencia, su comportamiento en caso de ser ilícito es susceptible de rechazo.

No es que las personas jurídicas hayan vivido en un vacío legal, distintas normas específicas han regulado sus conductas ilícitas tal es el caso de la Ley de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos que en su Art. 17 establece que “en la sentencia condenatoria de ser el caso, se declara extinguida la persona jurídica creada para el caso”. La controversia surge cuando su responsabilidad se incluye en el marco del derecho penal.

El problema de imponer penas a una persona jurídica se manifiesta justamente en la naturaleza del sujeto activo del delito, sabemos que la persona jurídica es un incapaz, para manifestarse en el mundo humano necesita de terceros que la representen y manifiesten mediante sus actos, los hechos de la misma, por eso se dice que la persona jurídica es una ficción no es una persona que tiene una voluntad propia sino una voluntad de un ente colegiado que se realiza a través de un sujeto natural.

Del mismo modo, podemos decir que se manifiestan situaciones de responsabilidades por hechos de terceros, como cuando una compañía debe pagar los daños causados por un chofer o empleado inescrupuloso. En este sentido las dos corrientes que se aplican para el estudio de la responsabilidad penal y son las que desarrollaremos a continuación.

Las penas para las personas jurídicas en el Código orgánico integral penal

Antes de abordar las penas correspondientes a las personas jurídicas por la comisión u omisión de un acto delictivo es preciso tratar uno de los temas más importante de la responsabilidad penal de las sociedades de capital y es la atribución de la responsabilidad.

En este sentido existen dos modelos para atribuir a la persona jurídica la responsabilidad:

En primer lugar, el modelo de transferencia, este modelo sanciona a la persona jurídica por los órganos de administración y subordinados en beneficio de la persona jurídica.

En segundo lugar, está el modelo de culpa por organización se imputa la responsabilidad de las personas jurídicas por sus defectos en su estructura que impide controlar los actos antijurídicos de las sociedades en el desarrollo de su actividad.

Retomando lo que establece, el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 49

Se puede concluir que el legislador ha establecido un modelo de transferencia de responsabilidad puesto que la persona jurídica será responsable por los actos cometidos por el propietario de la empresa, sus órganos de administración y por aquellos puestos dependientes jerárquicamente.

Con ello se ha establecido una imputación objetiva y automática de las personas jurídicas quebrantando uno de los principios básicos establecidos por la Constitución del 2008 y es la Tutela judicial efectiva (Art. 75), es decir las personas jurídicas serán imputadas directamente ante la actuación de las personas físicas sin posibilidad de defensa.

Desde el punto de vista del autor, la constitucionalidad del artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal está en tela de juicio. En este punto nos atrevemos a poner como ejemplo El Código Penal español que en su preámbulo establece que: “Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía.

Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación”

Al establecer la segunda vía el ordenamiento jurídico español salvaguarda la tutela judicial efectiva de las personas jurídicas, posibilitando la defensa de las personas jurídicas ante el juez.

En palabras de BACIGALUPO SAGESSE:

“El modelo de imputación debe basarse sobre la existencia de un hecho de conexión y sobre la idea de la culpabilidad por defecto de organización. El defecto de organización no sólo debe ser un requisito de la responsabilidad por infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena a una persona jurídica. Consecuentemente, aunque haya una actuación delictiva de un administrador, representante legal o empleado y ésta se hubiese producido a pesar de la existencia de una estructura organizativa adecuada y control debido, se deberá excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sólo responderán en su caso, la persona física responsa del hecho”.

Este autor defiende la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de que la entidad cuente con una suficiente organización para evitar los actos delictivos.

El legislador español introduce la expresión del debido control que posibilitará el estudio de las medidas de prevención de riesgos de responsabilidad normativa.

Es la teoría denominada “responsabilidad por el órgano defectuoso”, donde se asimila la responsabilidad penal por no haber logrado cumplir con las medidas de prevención del delito. Como se ha revisado, la persona jurídica se asimila a un organismo, en el cual los diferentes órganos tendrán una función específica, entre ellas la de prevención y control, sea el nombre que se le ponga, su finalidad siempre es la de controlar el correcto desempeño de la persona jurídica.

Por otra parte, autores como (Zavala Egas J., Código Orgánico Integral Penal (COIP) Teoría del Delito y Sistema Acusatorio, 2014), determinan que la situación del COIP es un híbrido de los dos sistemas al señalar que se crea esta situación por interponerse la necesidad de la existencia de un beneficio y de la imputación por la falta de vigilancia.

En cuanto a las penas el Código Orgánico Integral Penal ha previsto la responsabilidad de las personas jurídicas al siguiente catálogo de delitos:

- Delitos contra la humanidad (Art. 90)
- Trata de personas (Art. 94)
- Delitos de explotación (Art. 109)
- Tráfico de emigrantes (Art. 213)
- Delitos contra la salud (Art. 218)
- Engaño al comprador (Art. 235)
- Destrucción del patrimonio cultural (Art. 237)
- Delitos contra la seguridad social (Arts. 242 y 243)
- Delitos contra el medio ambiente y la naturaleza (Art. 258)
- Delitos contra la actividad hidrocarburífera (Art. 267)
- Defraudaciones tributarias (Art. 298).
- Delitos contra el sistema financiero (Art. 325) - Delitos económicos (Art. 326)

En cuanto a las penas específicas aplicables a las personas jurídicas el Art. 71, establece las siguientes:

1. Multa.
2. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe
3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.
4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.
5. Remediación integral de los daños ambientales causados.
6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontratación o de reactivación de la persona jurídica.

La pena de disolución de las persona se reserva para los casos más lesivos y que afecten a un gran número de personas, y es lo más lógico, en el sentido que una sociedad es creada con una finalidad de buena fe, si uno de sus componentes se desvía, lo lógico es que se castigue a

este de manera directa, a la sociedad de manera subsidiaria y no se prive a la misma de poder seguir funcionando, si la teoría del órgano defectuoso es la de mayor aplicación, lo correcto sería que una vez ubicado el problema, se corrija y se permita a la sociedad cumplir con su finalidad inicial.

7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.

Art. 550.- Medidas cautelares para personas jurídicas. - La o el juzgador podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas cautelares:

1. Clausura provisional de locales o establecimientos.
2. Suspensión temporal de actividades de la persona jurídica.
3. Intervención por parte del ente público de control competente.

De esta regulación podemos decir que el Código Orgánico Integral Penal regula el delito, su pena y medidas cautelares, sin prever circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el Derecho Comparado se regula esta posibilidad, por ejemplo, la Ley Chilena N° 20393 establece en su Art.6. “Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

- 1) La prevista en el número 7° del artículo 11 del Código Penal.
- 2) La prevista en el número 9° del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.
- 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

Atenuar la responsabilidad de las personas jurídicas puede tener un finalidad económico-social, pensemos que se impone una fuerte multa a una persona jurídica, en caso de que no realice comportamientos que atenúen su responsabilidad tendrá que pagar esa multa que podría suponer un supuesto de insolvencia llevándolo a la quiebra y con la consiguiente

pérdida de los puestos de trabajo, sin embargo pensemos en un acto ilícito de una persona jurídica y ante ella realiza actos que atenúan su sanción pecuniaria será menor.

Conforme lo anteriormente expuesto, así como se toman situaciones como agravantes, deberán existir situaciones que aminoren la imposición de las penas, conforme lo dispone el principio de proporcionalidad. De igual modo si se aplica la teoría del “órgano deficiente”, y el mismo COIP señala la necesidad de establecer la responsabilidad de la persona natural autora, lo correcto es que se den los puntos para establecer los parámetros de la “inocencia de la persona jurídica “.

Es decir que, si una compañía o fundación cumple con las medidas preventivas, como lo son la aplicación de códigos de ética, manuales de prevención, determinación de procesos, podría darse una ventana para su defensa en un proceso penal. Su finalidad será la de probar que cumplió con las debidas diligencias de prevención. De esto podemos determinar que la culpabilidad de la persona jurídica tiene dos facetas, en primera la de la persona natural que siempre estará detrás del acto delictivo, y la segunda la de los demás órganos o personas responsables que no tuvieron la debida diligencia de cumplir con sus deberes de vigilancia.

Es por esta segunda faceta que se cree necesario se aplique una figura legal que permita los segundos involucrados, la oportunidad de demostrar que cumplieron con su diligencia y deber de vigilancia, limitando así su responsabilidad a sus actos como contralores pudiendo ser estas sanciones de tipo administrativo mas no penal.

En este caso queremos dejar claro que el autor persona natural siempre deberá ser castigado por sus actos, sin embargo, la omisión no siempre debe ser sancionada de manera penal, sino que bien puede ser materia del derecho administrativo sancionador.

Otro caso sería que el oficial o sujeto encargado fuera cómplice y demostrada su participación también responderá, sin embargo, a pesar de la existencia de la culpa de la persona jurídica por omisión, no toda omisión debe ser considerada como delictuosa, a nivel de que debemos recordar que la finalidad del derecho penal siempre será el castigo de los autores personas naturales.

Marco Metodológico

Métodos: teóricos y empíricos

Esta investigación tiene un diseño transaccional descriptivo, que presenta el estudio del objeto en un tiempo específico y temporal, describiendo la problemática actual de las organizaciones y su relacionamiento directo con el derecho empresarial con normas jurídicas y situaciones sociales.

Se complementa con una presentación metodológica de tipo:

- Cualitativo, que permite obtener mayor información de conocimientos organizados y sistematizados, en su versión de investigación documental, siendo este un trabajo jurídico propositivo donde se lleva a cabo un análisis donde la doctrina aún no es unánime respecto del contenido del derecho penal económico.

Análisis de la investigación

LA AUTOREGULACION DE LA PERSONA JURIDICA

La aplicación de medidas de prevención, es parte de la política de autocontrol, la propia regulación que debe emanar de la corporación en relación a la vigilancia debida a cada una de sus actividades. En este sentido, si el legislador impone una situación de culpa objetiva, es decir por el simple hecho de la omisión de deberes de control, también se debe suponer por lógica que el cumplimiento de los deberes formales, serán situaciones que atenuarán la responsabilidad de las personas jurídicas. En este sentido, es importante la aportación del Código Penal español que en su Art.31.1 que establece:

las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior (administrador de derecho o, de hecho), han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

Sin embargo, en toda la regulación el legislador español no ha definido de manera exacta que debemos entender por “debido control”, los estudiosos de tema lo definen como “la labor supervisora que tiene encomendada la persona jurídica -sus representantes, se entiende- para que, a través de su herramientas, políticas, procedimientos, guías y manuales, controló que en su quehacer diario se respeta la legalidad y normativa que le es aplicable.”

Esta expresión permite hablar de medidas de prevención de riesgos de responsabilidad normativa o compliance, que a continuación se definen:

El compliance o programa de cumplimiento normativo

“No es otra cosa que el conjunto de políticas diseñadas y elaboradas en la empresa para prevenir, controlar y en su caso, sancionar las malas prácticas dentro de su estructura y que tienen directa relación con los códigos de buen gobierno corporativo”.

En cuanto al función que juega el programa de cumplimiento normativo en la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal español dota “a los programas de prevención adoptados por las empresas un valor eximente de responsabilidad penal derivada de la comisión de delitos cometidos en su nombre y en su provecho, tanto por sus apoderados y administradores como por sus empleados”. Otra función que se deriva del Compliance es el aumento del prestigio de las empresas que cuentan con un Código ético de comportamiento.

Es decir, que se permite que los procedimientos internos de autorregulación son utilizados como atenuantes, en razón de ser herramientas que conlleva una difusión de las normas de autorregulación a los miembros de la persona jurídica.

Chief Compliance Officer

Instaurado un programa de cumplimiento normativo por una empresa, la cuestión que se plantea es quién ejerce el control de esas normas de autorregulación. Esta función se encargará a una persona física, en derecho comparado esta figura se denomina Chief Compliance Officer que según Jacobo Dopico “sería el directivo responsable de diseñar, establecer y seguir los controles y procedimientos internos para la prevención y evitación de delitos” (Dopico, 2012, pág. 1)

La cuestión que se plantea en este ámbito es si este órgano de fiscalización puede ser responsable penalmente en caso de incumplir su función. Según Jacobo Dopico “Para hablar de comisión por omisión de un delito es necesario que el omitente estuviese previamente en posición de garante: en una situación en la que el ordenamiento le confíe la gestión de un foco de peligro o de los medios de protección de un bien jurídico.”. Por lo tanto, el Órgano responsable del control por su posición de autor sería responsable penalmente en calidad de autor por su omisión de control. Sin embargo, también habrá que tenerse en cuenta las circunstancias del caso, puestos que no todos comportamientos supondrán sanción penal.

Según Jacobo Dopico será penalmente responsable en los siguientes casos:

- a) Omisión ante un delito que se podía impedir,
- b) Omisión de una conducta debida que habría obstaculizado el delito,
- c) Que el delito sea de aquellos cuya prevención compete al garante,
- d) Requisitos de tipicidad subjetiva (Dopico, 2012, pág. 3).

Programa de Compliance

Las personas jurídicas que establezcan un programa de cumplimiento normativo, deberán seguir las pautas establecidas por el legislador, en nuestro país no existe ninguna regulación sobre esta materia. En derecho comparado Chile si cuenta con un sistema preventivo de delitos que a continuación se cita y analizamos: “Las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

- a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos.

En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

El legislador Chileno ha instaurado una verdadera cultura de Compliance dejando en manos de los Órganos de administración la configuración de un reglamento interno que permita un control eficiente de los comportamientos antijurídicos dentro de la empresa: Uno de los aspectos relevantes, es la posibilidad de que la empresa obtenga un certificado de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos, es una manera de premiar aquellas corporaciones que actúan diligentemente en el marco de su actividad mercantil.

En el caso del derecho español el legislador ha impulsado el Proyecto de Ley de reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre que busca establecer el contenido que deben tener los programas de Compliance. Señala que los modelos de prevención deberán cumplir los siguientes requisitos:

- (a) identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos
- (b) establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos
- (c) dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos,
- (d) impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, y
- (e) establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Bajo el apartado (d) el anteproyecto señala como componente esencial de un programa de Compliance el canal de denuncia, del cual deberá encargarse además el departamento de Compliance.

a. Eficacia de los Compliance

No es suficiente que una empresa tenga el mejor Código de autorregulación, sino se aplica de manera eficiente, por ello el mayor inconveniente con el que se encuentra las medidas de prevención de riesgos de responsabilidad normativa, son que las empresas no doten a la persona responsable de los recursos económicos suficientes o más aún la falta de independencia del mismo.

Esto haría que Código de autorregulación se convierta es que se conviertan en papel mojado. El legislador puede acentuar la eficacia del Compliance, un ejemplo de ello lo encontramos en el ap. 8 del Art. 31 bis del Proyecto de Ley de reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre establece que el funcionamiento eficaz del programa de Compliance requiere:

a) de una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios, y de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.

b) Crítica al establecimiento de un programa de cumplimiento normativo Los operadores jurídicos ven con recelo y escepticismo cómo un reglamento interno puede atenuar la responsabilidad de las personas jurídicas y dudan de su eficacia, es el Fiscalía General del Estado Español que ha considerado que: “Existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno de esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, corporate defense, compliance guide , plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada.

Imaginemos que las pautas de comportamiento de la guía omitieran o fueran particularmente laxas a la hora de establecer controles sobre determinada actividad peligrosa de la compañía para ahorrar costes... ¿de verdad el hecho de que el individuo hubiera actuado conforme a ese estándar debe exonerar a la persona jurídica de su responsabilidad? La respuesta resulta obvia; por consiguiente, lo importante será acreditar, y esta es sin duda una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a las que la misma se refiere. En coherencia con lo expuesto, el precepto

exige expresamente que sean atendidas las concretas circunstancias del caso” (Fiscalía General del Estado Español, 2011, pág. 19).

El fiscal no le otorga al Compliance el valor exculpatorio, siendo necesario según él observar si los administradores de hecho o de derecho observaron el comportamiento debido, El Fiscal General del Estado Español continúa diciendo: “En consecuencia, no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión.

Si bien es cierto que las compliance guide pueden orientar su forma de actuar en el seno de la corporación, tal extremo resulta circunstancial, por cuanto en el proceso penal se tratará, como siempre, de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas humanas, con independencia de que las mismas obedezcan a un eventual sistema de autorregulación o a la personal forma de hacer del individuo.

La conducta de las personas físicas se examina así a la luz de la norma penal, qué han hecho los gestores o sus subordinados, y si lo efectivamente realizado tuvo lugar en las circunstancias previstas en el artículo 31 bis, en cuyo caso, debe responder la persona jurídica.”

Hemos citado esta posición frente al Compliance, porque resulta llamativa su argumentación, preguntándonos si es suficiente con regular de manera más detallada las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Discusión

Deben respetarse los puntos tradicionales y constitucionales como lo son los principios del derecho penal y del debido proceso. Es decir que, si a un sujeto se le da una situación especial, también deben darse los parámetros de atenuar la responsabilidad del mismo en concordancia con el principio de responsabilidad.

No puede darse una situación como la actual en que no se contemplen los casos en que las conductas de los involucrados puedan considerarse apegadas a la ley. El problema de las personas jurídicas, es su funcionamiento por medio de órganos y entidades, si aplicamos la teoría del órgano defectuoso, la ley deberá establecer cuando se crea este “defecto”, a más de

la simple determinación de la culpa in vigilando, debe la ley señalar que sucede cuando la compañía y sus demás órganos cumplieron con los deberes legales de la debida diligencia.

A nadie puede exigírsele más deberes de los que la ley y la razón le imponen, en este caso, si una compañía ha cumplido con los procedimientos de control que la ley le obliga a cumplir, si ha demostrado que ha vigilado de manera directa y acorde a la ley a sus miembros, y es la deslealtad del miembro o funcionario que por medio de argucias y falsedades ha logrado también engañar a los órganos de control de la compañía o fundación, los mismos también son víctimas más no cómplices de la persona natural autora.

Otro concepto que cabe analizar, es el si de descubriese la existencia del hecho delictivo, y se denuncia por parte de la compañía, podría esta situación terminar creando una situación en la que la fiscalía determine que también hubo responsabilidad de la persona jurídica y solicitando una pena para la misma. Esto casuario una situación en la que las personas jurídicas no se verían atraídas a cumplir con su deber de denunciar al tercero, cuando indirectamente les puede representar una responsabilidad. De la misma manera, se podría terminar involucrando al denunciante por “no haber vigilado estrictamente” al autor final. Situaciones que a primera instancia pueden sonar inverosímiles pero que se pueden dar durante el desarrollo de un proceso penal, que podrían terminar lesionando a los que de buena fe conforman parte de la corporación o que cumpliendo en si con su deber de vigilancia terminen involucrando a la corporación y sufriendo una sanción por su actuar.

Si el deber de vigilancia tiene su límite lógico como lo es la debida diligencia, que se manifiesta con el cumplimiento que de los requisitos que la ley impone a procesos de funcionamiento como la contratación de auditores, la aplicación de normas específicas para ciertas actividades, y demás similares, debemos entender que cualquier situación que escape a las normas generales, no podrá imputarse a su responsabilidad, y deberíamos suponer que aquí no cabría responsabilidad in vigilando, sino que se debería perseguir de manera directa al autor persona natural. Es por lo cual creemos necesario se establezca esta excepción en el COIP, a su vez que se cree una figura dentro del derecho de sociedades y demás cuerpos legales aplicables a las personas jurídicas, en las que en primera instancia se de paso a la aplicación de oficiales de cumplimiento normativo quienes tendrán la responsabilidad de remitir a los respectivos órganos de control la información de cumplimiento de obligaciones normativas.

Presentación de la propuesta con su respectiva validación por expertos.

Conforme lo expuesto y las debidas motivaciones, se cree necesario la inclusión de una reforma en el COIP, que permita:

La consideración de condiciones atenuantes en los procesos que involucren a los funcionarios de personas jurídicas.

Como se ha venido revisando, el derecho penal considera a la persona jurídica como un sujeto especial, justamente por su capacidad de desenvolvimiento e influencia en la esfera económica, los delitos que involucran a las personas jurídicas por lo general son los de carácter económico, causando una gran alarma social y daños altamente valorables.

En este sentido, así como se da un tratamiento especial, también deberían darse consideraciones especiales para el juzgamiento de estas situaciones: La inclusión del “deber de vigilancia” no es un tema enteramente nuevo en la legislación ecuatoriana, lo hemos visto en leyes como la LEY DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS y a su vez en los conceptos de Due dilligence.

Por otra parte, es necesaria la implementación de una normativa penal coordinada con los demás cuerpos legales que regulan a las personas jurídicas.

La autorregulación debe nacer no solo de la obligación penal, sino del deber de cumplimiento de la norma de manera general. Es decir, el carácter del derecho penal siempre será de última ratio, o de última intervención.

La correcta aplicación de modalidades administrativas y legales como mecanismos de control, y definición de políticas previas, es el método más correcto. Por tanto, se propone la implementación de una norma en el COIP que se manifieste en pro y beneficio del principio de inocencia de los involucrados en el proceso.

La cual se pueda redactar del siguiente modo: Art XX.- Se considerarán atenuantes para los procesos que involucren personas jurídicas las siguientes circunstancias:

1.- En los casos que se haya comprobado la debida diligencia de los procedimientos administrativos y de control interno,

- 2.- Que los respectivos órganos de control no hicieron observación alguna a los procesos durante el año del ejercicio correspondiente.
- 3.- Que el autor persona natural haya falseado información o forjado documentos engañando de manera dolosa a los órganos de control de la compañía.
- 4.- Que se haya demostrado que la junta general o el órgano de administración no tuvo conocimiento del hecho hasta su cometimiento.
- 5.- Que los sujetos cumplieron con los métodos de la debida diligencia para evitar la situación delictuosa.

Así mismo, se cree necesaria la implementación de normativa societaria y corporativa, que establezca la obligación de los miembros de la junta de designar a un oficial de cumplimiento normativo, creando un sujeto que a diferencia del comisario de la compañía cuya finalidad se enfoca de modo general en las situaciones contables y tributarias.

De igual modo se cree que este oficial de cumplimiento normativo deberá tener una amplitud de actos de revisión paralelo a las auditorías internas de cada compañía.

La Superintendencia deberá mantener un listado de estos sujetos para su control y establecer sus lineamientos.

Este oficial de cumplimiento normativo deberá tener una amplitud de actos de revisión paralelo a las auditorías internas de cada compañía. Creemos que la Superintendencia deberá mantener un listado de estos sujetos para su control y establecer sus lineamientos.

Conclusión

En la actualidad, como resultado de la evolución que han sufrido las diversas modalidades delictivas que se conocen, una nueva figura ha entrado a formar parte de la gama de diversos sujetos capaces de llevar a cabo este tipo de actuaciones.

Este nuevo concepto es el de las personas jurídicas. A consecuencia de la novedad de esta posibilidad insospechada hasta el momento, se encuentra un amplio margen de actuación en el que ciertas conductas llevadas a cabo por estas entidades gozan de una total impunidad, debido a la imposibilidad por parte del ordenamiento jurídico de hacerlas directamente responsable de sus actos. Pero... ¿Son realmente responsables? A este respecto existen dos teorías que pueden ayudar a responder esta cuestión.

Desde la denominada como **Teoría de la Ficción** establecida por SAVIGNY, resulta imposible proceder a llevar a la práctica la igualdad de trato de estas personas físicas y de las jurídicas sin transgredir con nuestra actuación la necesaria identificación tanto de delincuente como del condenado, máximas de necesario respeto en nuestro sistema de Derecho Penal actual.

Por el contrario, desde la perspectiva de la **Teoría de la Realidad** creada por GIERKE, no existe ningún tipo de obstáculo que nos impida llevar a cabo esta equiparación. De acuerdo con ella, el hecho de que estos entes (las personas jurídicas) estén integrados por personas físicas es razón suficiente para dotarlos de capacidad para que puedan llevar a cabo diversas actuaciones en su propio nombre, y con total autonomía y libertad en la vida jurídica.

El Código Orgánico Integral Penal ha establecido una vertiente de atribución de la responsabilidad penal: el modelo de transferencia, imponiendo una responsabilidad objetiva de las personas jurídicas es decir las personas jurídicas responderán en cualquier caso por las acciones u omisiones de los Órganos de control y gestión de la persona jurídica.

Esto supo ir en contra de uno de los principios básicos de la Constitución de 2008, es decir la Tutela judicial efectiva, puesto que la persona jurídica en ningún caso podrá defenderse ante el juez.

El Código Orgánico Integral Penal establece los distintos tipos en los que serán penalmente responsables las personas jurídicas, las penas y las medidas preventivas, sin embargo, excluye de su articulado circunstancias atenuantes que permitan a las personas jurídicas cuando sea posible resarcir el daño producido.

La configuración de las medidas de prevención de riesgos de responsabilidad normativa tiene poco recorrido en los Estados de tradición romanista e incluso nos atreveríamos a decir que su aplicación es complicada, será necesario institucionalizar esta figura, es decir quizás sea necesario que para su implantación la intervención del notario para que de fe pública del Código moral de la corporación.

Recomendaciones

Una vez superada la discusión inicial acerca de la necesidad y conveniencia de regular de una manera más concreta y concisa esa nueva modalidad delictiva, se presentan otra serie de obstáculos que es necesario superar, para establecer los rasgos que caracterizaran a esta nueva realidad a la se enfrenta en legislados. Tomado como punto de partida el esquema tripartito establecido por Ricardo Robles en relación a este asunto.

Grado o nivel de responsabilidad de la persona jurídica.

Dentro de esta categoría, nos encontramos con dos posibles modelos a seguir. Uno de ellos consiste en la simple determinación de un tipo de responsabilidad directa, en la que la persona jurídica podrá ser establecida como un sujeto directamente responsable por cualquiera de las consecuencias que puedan derivarse de sus actuaciones. En el otro, catalogado como de responsabilidad subsidiaria, solamente posibilita la exigencia de responsabilidades a este tipo de sujetos en el hipotético caso de que las personas físicas que la integran no pudieran hacer frente a las penas establecidas. Sin embargo, es necesario recordar que debemos superar cualquier tipo de tentación que nos induzca a pensar que el segundo modelo es más adecuado para ser implantado en nuestra sociedad. Este adolece de un elevado número de imperfecciones, que nos impedirían el establecimiento de manera directa de cualquier tipo de sanción sobre la persona jurídica.

Modalidad de la sanción a imponer.

Cada uno de los diversos sistemas legislativos existentes presenta una manera distinta de ver, comprender y de regular la realidad que nos rodea. Esto provoca, por tanto, una ausencia patente de homogeneidad en el establecimiento de la posibilidad o imposibilidad de proceder al castigo de este tipo de entidades, evidenciando así la necesidad de definir las características concretas que poseerán cada una de las posibles sanciones a imponer sobre este tipo de sujetos

En la actualidad, existe una amplia gama de sanciones que pueden ser impuestas a las empresas que van desde las penas de multa existentes en países como Holanda, Francia, países anglosajones, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Bélgica y Suiza, a las sanciones administrativas de Alemania y Portugal, las penas accesorias en Suecia y España, o las denominadas como sanciones cuasi-penales existentes en países como Polonia e Italia.

Esta variedad pone de manifiesto la existencia de una realidad ante la que no existe un criterio unitario y preestablecido de actuación, lo que ha provocado que cada uno de los territorios proceda de manera separada e individualizada, a la regulación de esta nueva manera de delinquir. Por lo tanto, no se trata tanto del reconocimiento necesario de una nueva y emergente realidad, sino de la necesidad de establecer la manera concreta de hacerle frente.

Posibles modelos teóricos de imputación de la responsabilidad.

Para que podamos llevar a cabo el proceso denominado como imputación, es necesario que el sujeto a quien queremos establecer como responsable de la conducta delictiva, sea un sujeto capaz de recibir y de cumplimentar las diversas sanciones de tipo penal que puedan serle impuestas. Siguiendo estas premisas, podemos establecer la existencia de dos grandes modelos de imputación.

Sin embargo, contra lo que pudiera parecer, la existencia de la posibilidad de imponer un castigo de manera directa a este tipo de entidades ante la inobservancia de sus propias responsabilidades y obligaciones no es una cuestión del todo pacífica.

Esto se debe a que, para estos procedimientos puedan ser llevados a la práctica, es necesario que se dé una doble condición, esto es, la vinculación directa entre el hecho ocurrido y el sujeto implicado, así como que dicho hecho o acontecimiento sea merecedor de un reproche penal. Este primer requisito resulta imposible desde la postura de nuestro actual sistema penal, lo que ha provocado que en aras de salvar este obstáculo se haya optado, entre otras muchas posibilidades, por la modificación de nuestro actual concepto de culpabilidad jurídico-penal, así como a la construcción del mismo de manera *ad hoc*, y mediante su especial adecuación a las características presentes en las personas jurídicas. Desafortunadamente, y a pesar de todos estos esfuerzos, dicha forma de proceder no ha conseguido alcanzar una definición de culpabilidad que resulte realmente útil y adecuada a este fenómeno, como la existente para las personas físicas, y que, como el propio Robles Planas (2.006: 7) establece, “*convierta a la persona jurídica en un sujeto del que se pueda predicar autonomía moral y ser capaz de asumir como propia la pena*”.

Referencias

1. catedrahendler.org. (2016). *Delitos societarios*. Facultad de Derecho de Buenos Aires. Obtenido de http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=78
2. industrias.ec. (2016). <http://www.industrias.ec/>. Obtenido de <http://www.industrias.ec/archivos/CIG/file/CARTELERA/Informe%20juridico%20C OIP%20srb.pdf>
3. Peralta,Tania. (29 de julio de 2013). <http://www.utel.edu.mx/>. Recuperado el 22 de agosto de 2016, de <http://www.utel.edu.mx/blog/10-consejos-para/sabes-en-que-consiste-el-derecho-empresarial/>
4. Perez Bustamante&Ponce. (13 de febrero de 2013). <http://www.pbplaw.com/>. Recuperado el 22 de agosto de 2016, de <http://www.pbplaw.com/responsabilidad-penal-personas-juridicas/>
5. UTEL. (29 de julio de 2013). <http://www.utel.edu.mx/>. Recuperado el 22 de agosto de 2016, de <http://www.utel.edu.mx/blog/10-consejos-para/sabes-en-que-consiste-el-derecho-empresarial/>
6. Alessandri Rodríguez, A. (s.f.). *Derecho Civil De los contratos*. Editorial Jurídica de Chile.
7. Andrade Ubidia, S. (2010). El levantamiento del velo societario en la Doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana. *Revista de Derecho Societario*, 167-223.
8. Bacigalupo, S. (2011). Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno. *Diario la Ley*.
9. Báez, J. (2009). *Protección del Fideicomios Financiero*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
10. Cabezas Parrales, L. (2006). LA ADMINISTRACIÓN. En A. E. Societario, *La compañía Anónima* (pág. 173). Guayaquil: Corporación Myl. Cortázar Vinueza, C. (2004). La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *Revista de Derecho societario*, 51 a 68.
11. Dopico, J. (2012). *Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes de la empresa*. Pamplona, España: Editorial Aranzadi. Fiscalía Generla del Estado Español. (2011). *Circular relativa a su responsabilidad penal tras la*. Madrid: Aranzadi.

12. Garcia Falcón, R. (2014). Código Orgánico Integral Penal comentado. Lima: Ara Editores. Gómez, J., &
13. Liñan, A. (2013). El control interno y la responsabilidad penal en la mediación de seguros privados. Madrid, España. Gracia, L. (1993). La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Propias Persona Jurídicas. Barcelona, España: J.M Bosch.
14. Labatut Glenda, G. (1979). Derecho Penal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Larrea Holguin, J. (1998). Manual Elemental de Derecho Civil (sexta edición ed.). Guito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
15. Raza, S. R. (2014). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aplicabilidad del Compliance. Revista judicial, 1-8.
16. Zaffaroni, E. R. (s.f.). Derecho Penal Parte General. Argentina: Ediar SOciedad Anónima Editora. Zambrano Pasquel, A. (2005). Proceso Penal y Garantías Constitucionales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Zavala Egas, J. (2014). Código Orgánico Integral Penal (COIP) Teoría del Déilito y Sistema Acusatorio. Perú: Edilex. Zavala Egas, J. (2014). Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el sistema Constitucional Ecuatoriano. Guayaquil: Universidad Espiritu Santo. Zavala Egas, X. (1995). Régimen Punitivo en el mercado de Valores. Guayaquil: Edino.
17. CUERPOS LEGALES CITADOS: Código Orgánico Integral Penal del Ecuador de 2014 Constitución Ecuatoriana de 2008 Código Penal español: Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre. El anteproyecto de ley de reforma del Código Penal de abril de 2013 Ley Chilena N. 20393 24



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Christian Antonio Torres Alvear**, con C.C: # **0923185292** autor(a) del trabajo de titulación: **ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA: LAS PENAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Y LA INTEGRACIÓN DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS DE RESPONSABILIDAD NORMATIVA**” previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO DE EMPRESA** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 22 de junio de 2017

f. _____

Nombre: Christian Antonio Torres Alvear

C.C: 0923185292



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	ANÁLISIS DE LA INCIDENCIA: LAS PENAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Y LA INTEGRACIÓN DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS DE RESPONSABILIDAD NORMATIVA		
AUTOR(ES):	TORRES ALVEAR CHRISTIAN ANTONIO		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Peralta Moarry Salma Pierina		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho de Empresa		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho de Empresa		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	22 de junio de 2017	No. DE PÁGINAS:	38
ÁREAS TEMÁTICAS:	Código orgánico, integración		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Personas Jurídicas, responsabilidad normativa, medidas de prevención, actividades delictivas		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	Ha quedado demostrada la imperiosa necesidad que existe en la actualidad de establecer algún tipo de mecanismo que permita actuar de manera directa sobre este tipo de sujetos. De este modo se puede, no sólo controlar las diversas actividades delictivas llevadas a cabo por este tipo de entidades, sino que también permitirá solventar todos aquellos impedimentos y defectos de los que adolece el sistema penal ecuatoriano, Además, permitirá erradicar la impunidad de la que hacen gala en este momento las diversas conductas llevadas a cabo por la totalidad de las personas jurídicas existentes. El objetivo de este estudio es hacer una reflexión sobre el hecho de que el sistema legislativo actual, lejos todavía de su absoluta perfección, necesita ser revisado con cierta periodicidad, para que de este modo sus preceptos se ajusten con total precisión tanto a la realidad, como a las emergentes y diversas problemáticas a las que la población se enfrenta cada día. Los legisladores jamás pensaron que, además de las personas físicas, alguien pudiera cometer conductas delictivas y por ello en el momento de establecer las bases del sistema penal actual, establecieron únicamente ciertos requisitos en lo referente a las diversas conductas llevadas a cabo por los seres humanos. Esta realidad no implica que, debido a la introducción de otra categoría de sujetos en su comisión, así como por el perfeccionamiento y desarrollo de nuevas modalidades en su realización, impidan la modificación de nuestros sistemas jurídicos y legales, para posibilitar el castigo de este tipo de conductas.		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0987764164	E-mail: cris_iantorres28@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Peralta Moarry Salma Pierina		
	Teléfono: 0985979088		
	E-mail: maestriaderechodempresas@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			