

Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador

Gabriel Yovany Suqui Romero

Tesis doctoral UDC / 2021

Director: Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín

Tutora: Ana María Neira Pena

Programa Oficial de Doctorado en Derecho



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

*A Gabriela, a Valentina y a Josías por la inspiración
y por ser la dulce prolongación de mi existencia.*

Agradecimientos

En primer lugar, agradezco la valiosa guía de mi director Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín, jurista y académico de notable y reconocida trayectoria, quien cuando flaqueaba la empresa de esta investigación supo alentar su continuación y enrumbar los vientos para llevarla a puerto final; así mismo, agradezco a mi tutora Ana María Neira Pena, una persona que con méritos ha logrado un reconocimiento en el ámbito académico y doctrinal del Derecho en su especialización. Ana y Agustín, dedicaron tiempo, emplearon sus conocimientos, sus experiencias y me brindaron sus consejos académicos, los que sin lugar a dudas, se constituyeron en un pilar fundamental para el desarrollo y culminación de esta investigación.

Agradezco también a la Universidad Técnica de Machala en la administración de su Rector Cesar Quezada Abad, por el apoyo y la facilidad prestados para el desarrollo de esta investigación doctoral. De igual forma, agradezco a las Universidades Carlos III de Madrid, de Oviedo y, de Alcalá de Henares (España) por las acogidas y las facilidades prestadas en las estancias investigadoras; a las Universidades de Salamanca (España), Laica Eloy Alfaro de Manabí (Ecuador) y al Grupo Aprendiendo Derecho, por dar espacio a mis ponencias de los resultados parciales de esta investigación. Quiero agradecer también a la Dirección de Investigación de la Universidad Técnica de Machala y al Grupo de Investigación en Derecho «*GID-UTMACH*», por la apertura académica para debatir y publicar temas abordados dentro de esta investigación doctoral.

De igual forma, agradezco al personal de Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UDC, a los administrativos del Programa de Doctorado en Derecho y de Tercer Ciclo de la Universidad de Coruña, y la Universidad de Coruña misma por su apoyo incondicional durante los años en los que se ejecutó este trabajo.

Agradezco también a todas las personas, colegas, docentes, y amigos que de uno u otro modo contribuyeron con sus consejos, ánimos, buenos deseos; a Danilo y familia, a María Elena y familia, a Néstor y familia por acogerme en el extranjero durante los meses de estancia en España; a mi asistente académico-jurídico y colega Álvaro, por

su gran apoyo en la estructuración final de este trabajo; a toda mi familia y familiares por su comprensión y cariño, de modo especial a Blanca y Manuel, mis amados padres. Gracias a todos.

Resumo/Resumen/Abstract

Resumo:

O sistema de responsabilidade penal das persoas xurídicas en Ecuador marca un antes e un despois no debate xurídico penal local. Non é unha mera *societas delinquere potest*, nin só unha *societa puniri potest*; en realidade é que, a partir de 2014 no país as persoas xurídicas poden estar suxeitas a responsabilidade penal, con todas as consecuencias xurídicas que iso implica. Logo, en materia de procedemento, se os orzamentos do artigo 49 do Código Penal Orgánico Integral, considéranse un suxeito pasivo do proceso penal e nesa condición todo o sistema de garantía procesual debe observarse ao seu favor, por suposto, tamén á vista da súa natureza como entidade non humana.

Por outra banda, nos sistemas de responsabilidade penal ou de autoresponsabilidade, o cumprimento penal non pode quedar fóra de consideración; Non obstante, o lexislador ecuatoriano na primeira regulación deste tipo de responsabilidades omite expresamente a súa incorporación, complicando o debate local sobre o modelo de imputación; logo, mediante a reforma, só os regula nos seus efectos atenuantes. Como é algo novo na xurisdición penal, a práctica deste tipo de responsabilidade require un gran coidado e reflexión

Resumen:

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador, marca un antes y un después en el debate jurídico penal local. No se trata de un mero *societas delinquere potest*, tampoco solamente de un *societas puniri potest*; se trata en realidad de que, a partir de 2014 en el país las personas jurídicas pueden ser sujetos de responsabilidad penal, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica. Luego, en materia procesal, de concurrir los presupuestos del artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal, son consideradas sujeto pasivo del proceso penal, y en esa condición ha de observarse a su favor todo el sistema procesal garantista, eso sí, en atención también a su naturaleza de ente no humano.

De otro lado, en los sistemas de responsabilidad penal vicariales o por autorresponsabilidad, no puede quedarse fuera de su consideración el *criminal compliance*; sin embargo, el legislador ecuatoriano en la primera regulación de esa clase de responsabilidad, omite expresamente incorporarlos, complicando el debate local respecto del modelo de imputación; luego, mediante reforma, los regula únicamente en sus efectos atenuantes. Por tratarse de algo *novedoso* en la jurisdicción penal, la praxis de este tipo de responsabilidad requiere sumo cuidado y reflexión.

Abstract:

The criminal liability system of legal persons in Ecuador, states a before and after within the local criminal legal debate. It is not a mere *societas delinquere potest*, nor is it just a *societas puniri potest*; it is actually that, as of 2014 in this country, legal persons may be subject to criminal liability, with all the legal consequences that this implies. Then, in procedural matters, in case of concurring the requirements of article 49 of the Organic Integral Criminal Code are considered a passive subject of the criminal process, and in that condition the entire procedural guarantee, system must be observed in their favour, thus by considering their nature as a non-human entity.

On the other hand, in vicarious criminal liability or self-responsibility systems, criminal compliance cannot be left out of consideration; however, the Ecuadorian legislator with regards to the first regulation of this kind of responsibility, expressly omits to incorporate them, by complicating the local debate regarding the imputation model; afterwards, through reform, they are regulated only in their mitigating effects. As it is something innovative within the criminal jurisdiction, the practice of this type of responsibility requires great care and reflection.

Introducción

En Ecuador, hasta antes de 2014, las personas jurídicas no eran penalmente responsables, por lo que, obviamente, tampoco eran sujetos pasivos del proceso penal. No obstante, se contaba con la regulación en ciertos tipos penales, que contenían sanciones a los responsables –personas naturales–, cuando cometían ciertos actos ilegales desde el seno de una persona jurídica, imponiéndose a éstas, consecuencias accesorias de naturaleza administrativas.

De cara a combatir la delincuencia organizada y la corrupción empresarial, las distintas legislaciones han echado mano del Derecho penal económico y, una de sus herramientas para esos fines, es precisamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), a través de la cual, se pretende la prevención de ciertas conductas delictivas que afectan a bienes jurídicos trascendentales como la naturaleza, entre otros. En el caso ecuatoriano, aún no queda claro cuáles fueron las verdaderas razones político criminales, para que el legislador local se haya decidido por la regulación de esta clase de responsabilidad, al punto que no se observa que se haya plasmado una argumentación de esta figura en la Exposición de Motivos del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que la introdujo, no obstante, de un análisis contextualizado en el momento de su introducción en el país, se puede advertir y establecer a manera de una hipótesis primaria, que fueron las recomendaciones y exigencias de organismos internacionales –de los que el país forma parte– los que influyeron en la asunción de la RPPJ al interior de Ecuador, y aunque dichos organismos no necesariamente recomiendan que la responsabilidad sea penal, no obstante el legislador nacional ha decidido que lo sea. De esta manera se suma e país a la lista de Estados de la región que como Argentina, Bolivia, Cuba, Chile, Perú, y México, han introducido en sus regulaciones la RPPJ.

Es así que, desde el 10 de agosto del año 2014, con la promulgación del COIP, Ecuador adopta el sistema de RPPJ. La parte dogmática de esta institución se encuentra ubicada en el Libro I, concretamente en los artículos 45.7, 47.21, 49, 50 y 71, en donde se describen las atenuantes y agravantes, los presupuestos de imputación, el *compliance*, las circunstancias de concurrencia, y las penas aplicables a la persona jurídica. Esta regulación presenta en algunos pasajes similitudes a la primigenia regulación española de la RPPJ de 2010, de ahí que, en la mayor parte de este trabajo se parta de la experiencia comparada de éste país para la reflexión local de esta institución, pero también de otras regulaciones de la región Latinoamericana. Si bien es cierto que el legislador ecuatoriano ha instituido penalmente la

responsabilidad de las personas jurídicas, sin embargo, la regulación deja muchas interrogantes que serán objeto de reflexión en el presente estudio.

En esa advertencia, en la parte sustantiva o penal, uno de los presupuestos de imputación es la calidad o naturaleza de persona jurídica sobre la que recae la responsabilidad penal. Se trata únicamente de las personas jurídicas de derecho privado, por lo que, la regulación de la RPPJ deja por fuera a las empresas públicas mercantiles. Ello ubica al país como el único de la región que deja fuera del sistema de RPPJ a esta clase de entidades. Esta cuestión resulta crítica, en el sentido de que se estaría en el país frente a un posible derecho penal de autor (responsabilidad penal solamente para unas personas jurídicas y para otras no), y además, por cuanto puede generar sentimientos de impunidad, pues, existen suficientes motivos políticos criminales internos para responsabilizarlas penalmente, dado los actos de corrupción cometidos en la última década en el seno de esta clase de entidades.

Otra cuestión tiene que ver con el sistema de imputación *numerus clausus* adoptado por el legislador en el art. 49, acuñado bajo la fórmula “*en los supuestos previstos en este Código*”. Se trata de un catálogo considerable de delitos que le pueden ser atribuidos a la persona jurídica a título de responsabilidad penal. No se conoce el criterio de selección de los delitos escogidos, ni los de exclusión de aquellos que han quedado fuera, lo cierto que existen delitos como aquellos contra los animales que forman parte de la fauna urbana, que por tratarse de acciones privadas, resulta cuestionable que se encuentren dentro del catálogo atribuible a las personas jurídicas a título de responsabilidad penal; mientras que, delitos como aquellos contra la administración aduanera, siendo de acción pública y que bien pueden ser atribuibles a las entidades a título de responsabilidad penal, no obstante, han quedado fuera del catálogo. Además, resulta cuestionable que cuando el legislador introduce por primera vez el sistema de RPPJ en el año 2014, deja fuera al cohecho o soborno, considerado «*delito estrella*» y por el que muchos Estados de la región han introducido esta clase de responsabilidad penal.

El art. 49 exige, además, que el delito sea cometido por alguna o algunas de las personas físicas individual o colectivamente consideradas en el propio texto legal –de quienes hace una enumeración taxativa–. De ahí que, en el caso ecuatoriano se observa que el «*hecho de referencia o conexión*» lo constituye el delito que cometen dichas personas naturales o físicas para beneficio de la jurídica. De este «*hecho de referencia o conexión*» (conforme al art. 49 del COIP) se advierte que en el caso ecuatoriano –al igual que el español– se está frente a «*dos vías de imputación*» –no porque se imputa dos veces a la entidad, sino por cuanto, existen dos grupos de personas físicas o naturales a través de las que se puede atribuir RPPJ–. En la «*primera vía o línea*» están aquellas enumeradas taxativamente en el art. 49; mientras que,

en la «segunda vía o línea» están todas aquellas que no estando indicadas taxativamente en el art. 49, actúan bajo órdenes o instrucciones de aquéllas. Se trata en definitiva, por un lado, de personas que ostentan la propiedad, la administración, la condición de socios, o algún tipo de posición o empleo de cierto rango dentro de la entidad; y, por otro, de dependientes de menor rango o trabajadores en general; en este segundo caso, la RPPJ es por la falta de control de las personas de la «primera vía» sobre las de la «segunda vía».

Otro de los presupuestos de imputación los constituye el beneficio, y aunque el legislador no lo haya especificado, puede tratarse de un beneficio directo o también indirecto, pues, de no ser así, el sistema de RPPJ no cubriría las exigencias político-criminales al que está llamado. Además, como presupuesto de imputación el beneficio no necesariamente debe verificarse, bastará la intención de beneficiar a la entidad. Por otro lado, su ausencia constituye la única causa de no determinación de la RPPJ, cuando conforme al último inciso del art. 49 del COIP, la comisión del delito no le reporte beneficio a la entidad sino para un tercero ajeno a ella.

El referido art. 49 advierte la independencia de responsabilidades, es decir, una cosa es la responsabilidad penal de la persona jurídica, y otra la de la persona natural o física que comete el delito para beneficio de aquélla. Esta independencia de responsabilidades se ve reforzada por la advertencia de concurrencia de responsabilidades del art. 50, según el que, cuando existan concurrencias de responsabilidades en la comisión de un delito entre la persona jurídica y la natural de su seno que ha generado el «hecho de referencia», así como cuando existan circunstancias que agraven la responsabilidad de éstas, cuando fallezca la persona natural, cuando eluda la acción de la justicia, cuando se extinga su responsabilidad penal, cuando se beneficie de sobreseimiento; la RPPJ no se extingue ni se modifica. Es decir, se requiere una valoración propia de su situación jurídica. Inclusive, el legislador ha querido reforzar aún más la independencia de responsabilidades, y vía reforma ha incorporado una segunda parte en el inciso segundo del art. 49, donde advierte que la RPPJ se mantiene o subsiste a pesar de que no se pueda identificar a la persona natural que ha delinquido.

Hay que advertir que desde que se introdujo en el país el sistema de RPPJ, el legislador ecuatoriano no incorpora un sistema de atenuantes ni de agravantes para las personas jurídicas, lo que mantuvo por el lapso de siete años a las personas jurídicas sin posibilidad de beneficiarse de atenuantes, así como sin la posibilidad de que la acusación pueda exigir agravantes a esa clase de responsabilidad penal. Es a partir de las reformas de 2021, donde recién se incorporan al sistema de RPPJ cuatro atenuantes y una agravante. Entre las atenuantes llama la atención en *criminal compliance*.

Finalmente, el art. 71 del COIP, contiene un catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas, entre las que se cuentan la multa, el comiso penal, las clausuras temporales o permanentes, las actividades en beneficio de la comunidad, la remediación integral de los daños ambientales, la disolución y liquidación y, la prohibición temporal o definitiva de contratar con el Estado. Estas penas, se encuentran debidamente predeterminadas en los respectivos tipos del catálogo *numerus clausus*. Sus criterios de imposición, cumplimientos, y otros aspectos propios de la teoría de la pena, son desarrollados en este trabajo bajo los criterios de compatibilidad regulatoria.

Los programas de cumplimiento consituyen otro de los temas que merecen profunda reflexión local, pues, pese a que en la actualidad mediante reforma, el legislador ecuatoriano ha introducido al *criminal compliance*, lo ha hecho únicamente en su efecto atenuante de RPPJ, así se observa en el art. 45.7,d) reformado. Empero, el hecho de que no se lo haya regulado expresamente como eximente, ¿quiere decir que no pueda ser acreditado como prueba de cara a obtener un sobreseimiento o una sentencia absolutoria de RPPJ? –Siempre fuera de la naturaleza eximente–. Es decir, bajo el principio de libertad probatoria y fuera de sus efectos eximentes, un *criminal compliance* o una actividad de *compliance*, ¿pueden ser probados para obtener un sobreseimiento o una absolución?

Las interrogantes advertidas en el párrafo anterior, sumado a la poca experiencia ecuatoriana en programas de cumplimiento, junto con la regulación como atenuante de RPPJ, configuran el estado de la cuestión en el país en materia de *criminal compliance* como se reflexionará en este estudio.

De otro lado, la parte procesal contiene únicamente tres artículos de regulación específica de la persona jurídica sujeto pasivo del proceso. Se trata por un lado, del art. 550 que regula las medidas cautelares de las personas jurídicas. Luego un par de advertencias generales referidas a la calidad de sujetos procesados (art. 440), y a la necesidad de verificación de daños a terceros para la imposición de la pena (art. 622.7). Estas especificaciones configuran un estatuto procesal que hasta la actualidad no ha coadyuvado a la generación de jurisprudencia, que permita reflexionar cuestiones –al menos básicas– de enjuiciamiento criminal de las personas jurídicas.

Si Ecuador no tiene experiencia en la práctica procesal sobre RPPJ, se vislumbra un panorama un tanto problemático en esta materia, dado la complejidad de las figuras de esta institución en lo sustantivo penal y en lo procesal, a ello contribuye la carencia de un estatuto procesal específico para la persona jurídica sujeto. Así, por ejemplo, además de las complejas figuras sustantivas de RPPJ contempladas en los arts. 45.7, 47.21, 49, 50 y 71 del COIP, cuestiones como el de la representación legal a la hora de comparecer a un proceso penal,

aplicación de medidas cautelares, intereses procesales entre asociados imputados y la persona jurídica imputada, notificaciones y citaciones, derechos aplicables en cada una de las etapas del proceso penal, sometimiento a procedimientos especiales regulados en el COIP, pueden llegar resultar problemáticas en el enjuiciamiento criminal de una persona jurídica, al extremo que pueden provocar vicios o nulidades procesales

No obstante de lo advertido, Ecuador ha dado un paso agigantado en materia de RPPJ, puesto que la actividad económica local va en ascenso, y las empresas personas jurídicas crecen en número a un ritmo acelerado influyendo en la actividad económica del país y en su sistema jurídico.

Cuestiones como las advertidas motivaron la presente investigación, que tiene como finalidad principal, por una parte, determinar la intención legislativa de la regulación del sistema de RPPJ; y por otra, establecer y explicar las posibilidades normativas que tienen el jugador y los sujetos procesales al momento de enfrentar la regulación de la RPPJ.

Para esos propósitos la investigación tentativamente se ha estructurado de la siguiente manera:

El capítulo primero contiene la parte introductoria al sistema de RPPJ. Aborda temas como el panorama regulatorio en América Latina y Ecuador; política criminal y RPPJ en Ecuador; Constitución y RPPJ; los modelos de imputación de RPPJ. Se reflexionan también los requisitos y presupuestos regulatorios de imputación de RPPJ: requisitos formales presupuestos de imputación; el fundamento de la RPPJ; la independencia de responsabilidades y teoría del delito de la persona jurídica: independencia y autonomía de responsabilidades; exclusión de la RPPJ; teoría del delito y persona jurídica forman Finalmente, cuestiones como ejecución de la infracción; participación; circunstancias de la infracción; penas de las personas jurídicas, también forman parte del análisis y la reflexión que se desarrolla en este primer capítulo.

El segundo capítulo se desarrolla en torno a los programas de cumplimiento penal, aborda cuestiones de sus antecedentes; entornos de cumplimiento; estado de la cuestión en Latinoamérica y Ecuador; autorregulación; el *compliance* frente a la regulación ecuatoriana de la RPPJ; omisión regulatoria del *compliance* en el COIP; naturaleza jurídica y culpabilidad; necesidad regulatoria e implementación. Afincado la reflexión de lo general a lo particular, se aborda también las funciones del programa; la eficacia como exigencia material, la debida diligencia, oficial de cumplimiento; la estructura básica del programa de cumplimiento penal: la toma de decisión y el proceso de la formación de la voluntad, los código de conducta; canales de denuncia; las investigaciones internas; el plan de prevención de riesgos;

regímenes internos; revisión y modificación periódica; conocimiento; criminal *compliance* y entidades públicas.

El capítulo tercero centra su estudio en el proceso penal de la persona jurídica, aborda cuestiones como los derechos fundamentales de la persona jurídica procesada en el sistema jurídico regional y en el marco nacional ecuatoriano; especificidades procesales en el juzgamiento penal de la persona jurídica en el COIP, tales como: jurisdicción, competencia y persona jurídica; acción penal; independencia de responsabilidad y procesamiento penal de la persona jurídica; procedimientos especiales; recursos procesales de impugnación; suspensión condicional de la pena; conciliación penal y la persona jurídica. La reflexión en este capítulo versa también sobre temas como: medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas; el procedimiento penal ordinario contra la persona jurídica, que incluye sub temas como: la persona jurídica en la investigación previa, la declaración de la persona jurídica, la persona jurídica en la instrucción fiscal, la persona jurídica procesada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, la persona jurídica en la etapa de juicio, la sentencia contra la persona jurídica, y la ejecución de la sentencia contra la persona jurídica.

Este trabajo contienen además, esta introducción, y un cuarto y último capítulo donde se presentan las conclusiones de la presente investigación; la bibliografía y los anexos.

Dado a que el sistema de RPPJ comprende la parte penal (Capítulo I), el *criminal compliance* (Capítulo II) y, la parte procesal (Capítulo III), en principio los objetivos generales de esta investigación fueron tres, no obstante, aquí han quedado reestructurados en uno sólo, que consistente en: reflexionar los aspectos dogmáticos penales y procesales del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas ecuatorianas, así como del *criminal compliance*; mediante el análisis sistemático de la ley, la jurisprudencia, la doctrina local, y del Derecho comparado y la doctrina extranjera; para ir determinando, en primer lugar, compatibilidades e incompatibilidades regulatorias frente al sistema de responsabilidad penal que contempla el COIP ideado y estructurado para las personas naturales o físicas, y a partir de ahí, y en segundo lugar, ir sugiriendo posibilidades normativas *de lege ferenda* de cara a contribuir con el desarrollo regulatorio sustantivo o penal, del *criminal compliance*, y del estatuto procesal de la persona jurídica.

Para lograr el objetivo general propuesto, el objetivo específico central de esta investigación, versó en la necesidad de elaborar un plan de trabajo con enfoque en investigaciones empíricas y documentales previas, que permitan por un lado, la revisión de las leyes, la jurisprudencia y la doctrina nacionales y extranjeras; y, por otro, la elaboración y explicación de conceptos y categorías del sistema de RPPJ ecuatoriano, para una reflexión adecuada de esta clase de responsabilidad penal.

Respecto de la metodología empleada, dado a que esta investigación comenzó formalmente en el año 2016, a solamente dos años de la implementación en el país del sistema de RPPJ, y siendo además una institución completamente novedosa en Ecuador, las limitaciones internas dificultaron un poco la investigación local y exigieron esfuerzo adicional. Sin embargo, para lograr los objetivos propuestos, se partió empleando un procedimiento metodológico que permitió trabajar con métodos flexibles aplicables al campo de las ciencias jurídicas y acordes a las aspiraciones de esta investigación. Métodos como el dogmático, exegético, histórico, comparativo, analítico, empírico y funcional, que según sus cometidos, permitieron alcanzar los fines propuestos con cada uno de los temas que se trabajaron; de ellos, el comparativo jugó un rol preponderante.

De ahí que la investigación es mayoritariamente documental (textos, revistas, leyes, informes, sentencias, expedientes judiciales, físicos y digitales especializados en las problemáticas a trabajar), aunque también en parte fue empírica, apoyada en los métodos antes indicados y en actividades investigativas realizadas en estancias pre doctorales en la biblioteca de Derecho de la Universidad de Coruña, de otras universidades de España y de Ecuador.

En definitiva, se empleó una metodología flexible que articula la labor de la doctrina y de la jurisprudencia con la tarea reguladora de las instituciones que forman parte del sistema de RPPJ.

Índice

Índice	15
Capítulo 1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador.....	24
I. Introducción al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador.....	25
1.- Planteamiento.....	25
2.- El panorama regulatorio en América Latina y Ecuador	27
3.- Política criminal y responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador	30
4.- Constitución y responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	35
5.- Modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	37
5.1.- Modelos por heterorresponsabilidad o vicariales.....	38
5.2.- Modelos fundamentados en la autorresponsabilidad	40
5.2.1.- Modelos de autorresponsabilidad por el hecho propio	40
5.2.2.- El sub modelo constructivista de autorresponsabilidad	42
5.2.3.- El sub modelo de autorresponsabilidad por el « <i>hecho de referencia o conexión</i> »	43
5.3.- El modelo mixto o de doble imputación	44
5.4.- ¿Cuál es el modelo de imputación penal de las personas jurídicas en Ecuador?	45
II. Requisitos y presupuestos regulatorios de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica	49
1.- Planteamiento.....	49
2.- Requisitos formales	49
2.1.- La personalidad jurídica	49
2.1.1.- Persona jurídica y personalidad jurídica	50
2.1.2.- Los entes sin personalidad jurídica y las sociedades pantalla	51
2.2.- Régimen de Derecho privado y nacionalidad.....	53
2.3. El sistema de imputación cerrado o <i>numerus clausus</i> y catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas en Ecuador	57
2.3.1.- Infracciones atribuibles a las personas jurídicas en el Título IV del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal	58
3.- Presupuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas	58
3.1.- El delito de la persona natural como presupuesto de imputación.....	59

3.1.1.- La situación del administrador de hecho frente a la responsabilidad penal de la persona jurídica	60
3.2.- El beneficio para la persona jurídica como presupuesto de imputación	62
3.2.1.- La naturaleza del beneficio	62
3.2.2. Carácter del beneficio	66
3.2.3.- La actuación para beneficio de la persona jurídica	68
3.2.3.1.- La exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica	70
4.- El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	72
III. Independencia de responsabilidades y teoría del delito de la persona jurídica	75
1.- Planteamiento.....	75
2.- La independencia y autonomía de responsabilidades.....	76
2.1.- La concurrencia de responsabilidades	77
2.2.- Responsabilidad concurrente y la problemática de las afectaciones	78
2.3.- Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica	81
2.4.- Responsabilidad sucesiva o continuada	81
2.4.1.- La situación de la disolución fraudulenta o aparente y la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica	83
3.- Teoría del delito y persona jurídica	85
3.1.- La conducta penalmente relevante.....	85
3.2. Tipicidad y responsabilidad penal de la persona jurídica	88
3.2.1.- Sobre el juicio de tipicidad en la persona natural generadora del hecho de referencia de RPPJ	88
3.2.2.- Sobre el juicio de tipicidad propio en la persona jurídica.....	88
3.2.3.- El injusto de la persona jurídica	89
3.2.4.- Imputación objetiva.....	90
3.2.5.- Imputación subjetiva	91
3.3.- Antijuridicidad y persona jurídica	94
3.4. Culpabilidad y persona jurídica	96
3.4.1.- La culpabilidad de la persona jurídica en Ecuador	99
IV. Ejecución, participación, circunstancias de la infracción y penas de la persona jurídica	102
1.- Planteamiento.....	102
2.- Formas imperfectas de ejecución de la infracción penal y persona jurídica	103
3.- Teoría de la participación de la persona jurídica	105
4.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona jurídica	108

4.1.- Atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica	112
4.1.1.- La denuncia o confesión del delito	113
4.1.2.- La colaboración con la investigación.....	116
4.1.3.- La reparación integral de daños.....	118
4.1.4.- El <i>Compliance</i>	118
4.2.- Agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica	119
5.- El sistema de penas aplicable a la persona jurídica.....	120
5.1.- Naturaleza de las penas	121
5.2.- ¿Son penas específicas?.....	122
5.3.- Finalidad de la pena y persona jurídica	126
5.4.- Cumplimiento de las penas.....	129
5.4.1.- Exigibilidad del cumplimiento de las penas para las personas jurídicas ante su quebrantamiento	133
5.5.- Legalidad de las penas y persona jurídica	134
5.6.- Criterio de elección o imposición de las penas y proporcionalidad	134
5.7.- Individualización o personalidad de las penas	135
5.8.- Penas específicas aplicables a las personas jurídicas	136
5.8.1.- La pena de multa	137
5.8.2.- El Comiso penal.....	139
5.8.3.- La pena de clausura de la persona jurídica.....	141
5.8.3.1.- Clausuras temporales	142
5.8.3.2.- Las clausuras permanentes	144
5.8.3.3. Criterios para imponer penas de clausuras a las personas jurídicas y objeto	145
5.8.4.- Actividades en beneficio de la comunidad	146
5.8.5.- Reparaciones ambientales	148
5.8.6.- Prohibición de contratar con el Estado.....	149
5.8.7.- La pena «de muerte» de la persona jurídica	150
5.8.7.- Otras penas	151
5.9.- Formas de extinción de las penas contra la persona jurídica.....	152
5.9.1.- Prescripción de la pena y persona jurídica.....	152
5.10.- Reparación Integral.....	154
Capítulo 2. El <i>Compliance</i> frente a la regulación ecuatoriana de la responsabilidad penal de la persona jurídica	156
I. Consideraciones generales	157
1.- Planteamiento.....	157

2.- Antecedentes.....	160
2.1. En Latinoamérica.....	161
3.- Principio y entornos de cumplimiento.....	164
3.1.- Las normalizaciones internacionales: normas UNE-ISO 19600:2015, UNE-ISO 37001:2017 y UNE 19601:2017.....	166
4.- El estado de la cuestión en América Latina	167
5.- El estado de la cuestión en Ecuador.....	171
6.- Autorregulación y <i>Compliance</i>	174
6.1.- <i>Compliance</i> , autorregulación regulada y estándares internacionales.....	180
II. El <i>Compliance</i> frente a la regulación ecuatoriana de la responsabilidad penal de la persona jurídica	183
1.- Planteamiento.....	183
2.- Omisión regulatoria del <i>compliance</i> con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el COIP	185
2.1.- El <i>compliance</i> como atenuante o eximente de la RPPJ en Ecuador ¿una posibilidad realizable de <i>lege lata</i> en la regulación inicial?.....	190
2.2.- El <i>Compliance</i> ¿línea de defensa de la persona jurídica en Ecuador?	191
2.2.1.- Finalidad preventiva del <i>compliance</i> en Ecuador	194
2.2.2.- Finalidad material de la actividad de <i>compliance</i> en Ecuador	197
3.- Naturaleza jurídica del <i>compliance</i> y culpabilidad	198
4.- Necesidad regulatoria del <i>compliance</i> como eximente de RPPJ	202
4.1.- <i>Compliance</i> como eximente.....	202
4.2.- <i>Compliance</i> como atenuante	206
4.2.1.- El <i>compliance</i> como atenuante de RPPJ en Ecuador	208
4.2.1.1.- Condiciones estructurales del <i>Compliance</i>	208
5.- Implementación del <i>compliance</i> ¿Exigencia penal o administrativa?	212
5.1.- La opción del Derecho administrativo sancionador	213
5.2.- La opción penal	214
5.3.- Otra posibilidad.....	216
5.4.- Posibilidades en el caso ecuatoriano	217
5.5.- <i>Compliance</i> y formas de regulación penal	220
5.5.1.- Regulación penal codificada	220
5.5.2.- Regulación en una Ley Especial	223
5.5.3.- Una tercera posibilidad	225
III. Programas de cumplimiento	227
1.- Planteamiento.....	227

2.- Programas de cumplimiento	228
2.1.- <i>Compliance</i> y <i>Criminal Compliance</i>	228
3.- Funciones del <i>Compliance</i>	233
4.- Eficacia como exigencia material o sustancial del <i>criminal compliance</i>	234
4.1.- La eficacia del <i>criminal compliance</i>	234
4.1.1.- La eficacia en el actual escenario de la RPPJ en Ecuador	235
5.- La diligencia debida	236
5.1.- Debida diligencia y Código Orgánico Integral Penal	238
5.1.1.- La debida diligencia en delitos atribuibles a la persona jurídica ...	240
6.- El oficial de cumplimiento	243
6.1.- Funciones de compliance officer.....	244
6.1.1.- Función por delegación de actividades	245
6.2.- Las funciones del oficial de cumplimiento en Ecuador	247
6.3.- La responsabilidad del oficial de cumplimiento dentro de la actividad del <i>compliance</i>	248
6.3.1.- El <i>Compliance Officer</i> y la posibilidad de responder como autor en el	
ejercicio de sus funciones empresariales.....	249
6.3.2.- El <i>Compliance Officer</i> y la posibilidad de responder como partícipe	
por el no ejercicio de sus funciones en la empresa.....	250
6.3.3.- La responsabilidad del oficial de cumplimiento en el sistema	
ecuatoriano de RPPJ	251
6.4.- Momentos de designación del <i>officer compliance</i>	252
IV. Estructura básica del <i>Criminal Compliance</i>	254
1. Planteamiento	254
2.- La toma de decisión y el proceso de la formación de la voluntad.....	257
2.1.- De regularse exigibilidad administrativa o penal:	258
2.2.- De no regularse la exigibilidad del compliance	258
3.- El Código de Conducta	259
4.- Los canales de denuncia (<i>Whistleblowing</i>)	264
4.1.- Objetivos o fines y requisitos del canal de denuncia.....	265
4.2.- El informante o <i>whistleblowers</i>	268
4.3.- Tipos de canales de denuncia y de informantes	268
4.4.- Los problemas de denunciar interna o externamente	272
5.- Las investigaciones internas y su procedimiento	274
6.- El Plan de prevención de riesgos.....	276
6.1.- El mapa de riesgos penales	277
6.2.- La gestión de los riesgos	282

7.- El régimen interno disciplinario y sancionador	283
8.- Revisión y modificación periódica del programa	284
9.- Conocimiento del Compliance en la persona jurídica.....	286
10.- <i>Criminal compliance</i> y empresas públicas	287
10.1.- <i>Compliance</i> y Empresa Pública.....	288
Capítulo 3. La persona jurídica en el proceso penal	290
I. Los derechos fundamentales de la persona jurídica procesada en el sistema jurídico regional y en el marco nacional ecuatoriano	291
1.- Planteamiento.....	291
2.- La situación procesal de la persona jurídica en el ámbito regional convencional.....	292
2.1- La persona jurídica en el Código Sánchez de Bustamante	293
2.2.- La persona jurídica en la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado	294
2.3.- La persona jurídica procesada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ..	296
2.3.1.- Legitimación procesal para activar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	297
2.3.2.- Pautas para un reconocimiento directo de la protección de derechos fundamentales procesales de la persona jurídica en el Sistema Convencional Regional.....	298
3.- Proceso penal y derechos fundamentales de las personas jurídicas en el ámbito nacional.....	300
3.1.- Los derechos fundamentales de la persona jurídica	302
3.1.1.- Garantías jurisdiccionales y derechos procesales.....	304
3.1.1.1.- La legalidad probatoria y persona jurídica procesada.....	304
3.1.1.2.- El principio de proporcionalidad frente a la persona jurídica ..	305
3.1.1.3.- La persona jurídica y el derecho a la defensa	307
3.1.1.4.- Garantías en caso de privación de libertad	310
3.1.1.5.- Garantías replicadas a título de principios en el art. 5 del COIP	310
II. Especificidades procesales en el juzgamiento penal de la persona jurídica en el Código Orgánico Integral Penal.....	322
1. Planteamiento.....	322
2.- Jurisdicción y persona jurídica	325
2.1.- Jurisdicción y persona jurídica en el Código Orgánico de la Función Judicial.....	325
2.2.- La Jurisdicción en el Código Orgánico Integral Penal	325
2.2.1.- Personas jurídicas ecuatorianas o extranjeras que cometan una infracción penal en el territorio del Ecuador	327

2.2.2.- Persona jurídica de derecho privado nacional o extranjera que cometa una infracción a bordo de naves aéreas o marítimas de bandera ecuatoriana	329
2.2.3.- Jurisdicción internacional subsidiaria	330
2.3.- Especificidades internacionales de jurisdicción aplicables a las personas jurídicas trasnacionales	330
3.- Competencia penal y personas jurídicas en Ecuador	332
3.1.- La competencia del juzgador para procesar a las personas jurídicas	336
4.- La acción penal contra la persona jurídica	337
4.1. El ejercicio privado de la acción penal y la persona jurídica	337
4.2.- El ejercicio público de la acción penal contra la persona jurídica	339
4.3.- Persona jurídica y extinción de la acción penal	339
4.3.1.- La prescripción de la acción penal de la persona jurídica	339
4.4.- La persona jurídica y el titular de la acción penal	341
4.4.1.- El principio de oportunidad en Ecuador	341
4.4.2.- Principio de oportunidad, persona jurídica y <i>criminal compliance</i>	343
4.5.- La denuncia como forma de iniciar la acción penal del ejercicio público	345
5.- Independencia de responsabilidad y procesamiento penal de la persona jurídica	346
6.- Procedimientos especiales y persona jurídica	348
6.1.- El procedimiento abreviado contra la persona jurídica	349
6.2.- El procedimiento directo contra la persona jurídica	350
7.- Recursos de impugnación y persona jurídica	351
8.- Suspensión condicional de la pena y persona jurídica	353
9.- Conciliación penal y la persona jurídica	354
III. Medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas	357
1.- Planteamiento	357
2.- Definición y finalidades de las medidas cautelares	357
2.1.- Finalidad de las medidas cautelares (art. 519 COIP)	359
2.1.1.- Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal	359
2.2.- Garantizar el cumplimiento de la pena	360
2.3.- Garantizar la reparación integral	360
2.4.- Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas y que desaparezcan elementos de convicción	361
3.- Reglas, criterios de aplicación y efectos de las medidas cautelares en la persona jurídica	361

3.1.- Reglas para imponer medidas cautelares a las personas jurídicas.....	362
3.2.- Criterios para imponer una medida cautelar	363
3.2.1.- La necesidad como criterio para imponer una medida cautelar a la persona jurídica procesada.....	363
3.2.2.- La proporcionalidad como criterio para imponer una medida cautelar a la persona jurídica procesada	364
3.2.3.- Otros criterios o principios que deben observarse en la aplicación de medidas cautelares contra las personas jurídicas procesadas.....	365
3.3.- Presupuestos tradicionales para la imposición de las medidas cautelares	365
4.- Medidas cautelares contra las personas jurídicas en el COIP	368
4.1.- Las medidas cautelares específicas y generales <i>contra societatem</i>	370
4.1.1.- La clausura provisional de locales o establecimientos	370
4.1.2.- La suspensión temporal de actividades	372
4.1.3.- La intervención por parte del ente público de control competente	373
4.1.4.- Otras medidas cautelares reales aplicables a las personas jurídicas	376
4.1.5.- Caución y persona jurídica	381
4.1.6.- Necesidad de otras medidas.....	382
5.- Duración de las medidas cautelares	382
6.- Sustitución, revocatoria y caducidad de las medidas cautelares <i>contra societatem</i>	383
7.- Persona jurídica y quebrantamiento de medidas cautelares	384
8.- Estándar probatorio de las medidas cautelares	385
9.- Las medidas de protección	385
IV. El procedimiento penal de la persona jurídica	386
1. Planteamiento.....	386
2.- La persona jurídica en la investigación previa.....	386
3.- La declaración de la persona jurídica.....	388
3.1.- La versión de la persona jurídica.....	389
4.- La Persona jurídica en la instrucción fiscal	391
4.1.- Los plazos de duración de la instrucción y sus repercusiones en la defensa de la persona jurídica	393
4.1.1.- En los procedimientos por delitos flagrantes.....	393
4.1.2.- En los procedimientos por delitos no flagrantes	393
4.2.- La persona jurídica en la formulación de cargos	394
4.2.1.- Flagrancia y persona jurídica procesada	395

4.2.2.- La formalización y notificación a la persona jurídica para que ejerza su defensa en la instrucción	397
4.2.3.- La situación del representante legal involucrado en la infracción penal.....	399
4.2.4.- Análisis de los primeros elementos de convicción relativos a los presupuestos del art. 49 y 50 del COIP	401
4.3.- La persona jurídica en la reformulación de cargos.....	402
4.4.- La persona jurídica en la vinculación de procesados.....	403
5.- La persona jurídica procesada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio	405
5.1.- El sobreseimiento de la persona jurídica	408
5.2.- La suspensión de la etapa del juicio por la ausencia del procesado.....	408
5.3.- El Auto de Llamamiento a Juicio y la competencia del Tribunal Penal	410
6.- La persona jurídica en la etapa de juicio	410
6.1.- El juzgamiento de la persona jurídica en ausencia.....	411
6.2.- Actuaciones probatorias en el juicio	414
6.2.1. La prueba de la persona jurídica de derecho privado.....	415
6.2.2.- La prueba del delito <i>numerus clausus</i>	416
6.2.2.1.- ¿Se prueba el delito basal o hecho de referencia?.....	417
6.2.3.- La prueba de la calidad de persona que origina el hecho de referencia.....	417
6.2.4.- La prueba del beneficio.....	419
6.2.5.- La prueba de la defectuosa organización	419
6.2.6.- La prueba del <i>compliance</i>	420
6.2.6.1.- <i>Compliance</i> y carga de la prueba	421
7.- La sentencia contra la persona jurídica.....	426
8.- La ejecución de la sentencia contra la persona jurídica	428
Capítulo 4	430
Conclusiones, Bibliografías y Anexos	430
Conclusiones	431
Bibliografía.....	449
Anexos.....	493

Capítulo 1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador

I. Introducción al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador

1.- Planteamiento

El Derecho penal contemporáneo ha sufrido mutaciones producidas, unas veces, por el debate que ha generado la «*sociedad del riesgo*»¹; otras, por la evolución de conceptos como orden, cohesión y control social, aspectos socioeconómicos y más cuestiones de política criminal contemporánea. Estas cuestiones generales, han sido objeto de debates a nivel legislativo en varios países, derivando en algunos, en regulaciones punitivas al amparo del Derecho penal, como por ejemplo, la RPPJ, para enfrentar con ésta, nuevas formas de conductas criminales de tinte económico-social.

Previo a que la advertida RPPJ se incorpore al interior de algunos Estados, su construcción dogmática ha tenido mucho que bregar, recibiendo en el camino duras críticas, acérrimas oposiciones² y serios cuestionamientos³. Y a pesar de que no ha sido de buen gusto para algunos⁴, han sido, entre otras, razones de política criminal vinculadas a cuestiones criminógenas que desencadena el poderío económico y el nivel de influencia de las grandes corporaciones (personas jurídicas), lo que ha influido para que los respectivos sistemas penales empiecen a considerar a nivel legislativo, la necesidad regulatoria de la RPPJ⁵. Empero, el debate sobre la RPPJ no se agota únicamente al interior de los Estados ni solamente en motivos socioeconómicos, ha trascendido, inclusive, en preocupaciones sobre criminalidad internacional que afecta severamente al Derecho penal humanitario. Basta echar

¹ Para profundizar respecto de este concepto, véase entre otros, HANS LILE en «Sociedad del riesgo y Derecho Penal» (*Risikogesellschaft und Strafrecht*), F. G. Sánchez Lázaro (trad.), en AA.VV., C. M^a Romeo Casabona, F. G. Sánchez Lázaro (eds.), E. J. Armaza Armaza (coord.) *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada, 2010. Al respecto se argumenta la ineficacia legislativa en el Derecho del Medio Ambiente y en el Derecho Penal económico, en los que no existiría un desarrollo sistemático sino una dramática carencia de dirección.

² Uno de los acérrimos opositores a la RPPJ en España es GRACIA MARTÍN, L., «La doctrina de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2014, pp. 135-180; en ese mismo sentido: «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, pp. 1-95.

³ Trabajos en este sentido en América del Sur los abandera VAN WEEZEL, A., «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, VII, 2010, pp. 114-142.

⁴ Al respecto, OROS CARRASCO, R., en *Derecho penal en la era de la postmodernidad*, Grijley, Lima, 2013, sostiene que tanto el Derecho penal económico como la RPPJ y sus órganos de gestión, trastocan la concepción dogmática del injusto personal donde prima el dogma *Societas delinquere non potest*, aún cuando hay otros sectores conexos que ofrecen alternativas a su tratamiento como el Derecho administrativo sancionador que, a su criterio, conlleva a la denominada Administrativización del Derecho penal.

⁵ Vid. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico*, Grijley, Lima, 2007.

una mirada a los considerandos realizados en los casos Farben⁶ y Krupp⁷ y empleados de la Nippon Mining Company⁸, entre otros acontecidos a raíz de los juicios de Nuremberg⁹, para evidenciar la preocupación transnacional que genera el debate de la criminalidad empresarial y la consecuente posibilidad de la RPPJ.

Por otro lado, respecto del debate por el frecuentemente recurrido *societas delinquere non potest* y su quiebre o no¹⁰, aquí no se tomará partida que no sea para su análisis a partir de la afirmación positiva del legislador penal ecuatoriano, ya que desde 2014 en Ecuador –gústese o no– rige el sistema de RPPJ. Con esta advertencia, no se trata de eludir la discusión doctrinal, sino que, los fines de este trabajo, al abarcar el sistema de RPPJ que comprende la responsabilidad penal, *compliance* y proceso penal de la persona jurídica, apunta en este apartado a centrar el análisis en cuestiones dogmáticas que ya son parte del Derecho positivo local; más aún, si como advierte MARTÍNEZ PATÓN, el *societas delinquere non potest* no es principio ni regla de Derecho positivo sino una traducción empleada con fines académicos¹¹.

En la tarea propuesta, hay sin embargo que advertir que sí resulta debatible, conflictiva y compleja la asunción dogmática de la RPPJ, se complica más, cuando en los justificativos punitivos locales no se pueden encontrar derroteros claros que permitan entender las razones autóctonas que llevaron al legislador ecuatoriano a incorporar la RPPJ. Quizás, muchas interrogantes han quedado sin encontrar respuesta en sede política criminal local de cara a justificar razones para la regulación positiva de los arts. 49, 50 y 71 del COIP. Así, cuestionamientos como aquellos que se plantean respecto a que si las personas jurídicas fueron objeto de estudio profundo en el país como para que haya sido necesaria regular su responsabilidad penal; la persona jurídica ¿es empleada con frecuencia en la criminalidad organizada transnacional y esto fue lo que motivó en Ecuador regular penalmente su responsabilidad?; ¿fue moda?; acaso ¿se introdujo la RPPJ por compromisos con

⁶ Empresa productora de químicos y farmacéuticos, en cuya sentencia dictada por el Tribunal Penal Militar Estadounidense se declaró de forma instructiva que las personas individuales o naturales como las personas jurídicas pueden violar normas contempladas en la denominada Convención de la Haya, declarando a la empresa Farben culpable de ciertas violaciones a dichas normas. Sobre este caso véase con mayor profundidad a CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., «Antecedentes históricos de la responsabilidad internacional penal de las personas jurídicas», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 28, 2012, Parte comentarios, edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2012.

⁷ Empresa de factorías que operaba en la Alemania nazi, fue considerada por el tribunal como actor y perpetradora de varios crímenes de guerra y contra la humanidad. Vid. CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., «Antecedentes históricos de», cit., p. 4.

⁸ Empresa minera considerada por el Tribunal Militar Británico responsable de muertes, injurias y sufrimiento de prisioneros de guerra. Vid. CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., «Antecedentes históricos de» cit., p. 5.

⁹ Aunque en estos casos la condena no fue propiamente a las empresas personas jurídicas, sin embargo, los considerandos instructivos de las sentencias denotan la clara intervención de los entes ficticios en lo ilícitos perpetrados.

¹⁰ Un trabajo respecto de esta discusión véase en GÓMEZ MARTÍN, V., «Falsa alarma: *societas delinquere non potest*», en AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 207-254. De todos las referencias a este aforismo, una argumentación interesante asoma con este autor, cuando argumenta que el principio *societas delinquere nec puniri potest* con la introducción de la RPPJ en este España, no se quiebra del todo, y para ello explica que de los dos sub principios que conforman aquél, esto es el *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*, únicamente el segundo se vería afectado.

¹¹ Sobre esta cuestión, véase una extensa investigación del autor en Análisis histórico de la responsabilidad penal corporativa, M. Bajo Fernández; E. Fortis (dirs.), Tesis Doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016.

organismos y entidades internacionales? Son algunas de las interrogantes que no encuentran respuesta clara y justificación en la Exposición de Motivos del COIP.

Y es que, dado lo novedoso, complejo y hasta revolucionario de la institución, era necesario una especie de introducción en la Exposición de Motivos que presente –al menos– los fundamentos punitivos de su regulación, de cara a permitir en los operadores jurídicos, a quienes hasta entonces les era totalmente ajena su comprensión integral dentro del conjunto normativo que abarca tanto las normas introducidas así como los principios que informan el Derecho penal¹².

En el panorama advertido¹³, corresponde abordar en este epígrafe nociones elementales de la RPPJ, como su contextualización en el marco regional; la incertidumbre que puede generar el desconocimiento de los verdaderos motivos políticos criminales de su introducción en la regulación nacional; y, el hasta ahora irreconciliable debate doctrinal que genera la asunción del modelo de imputación penal y su implicación en la regulación sustantiva local. Todo ello con el objetivo de establecer, en líneas generales, el estado de la cuestión de esta institución en Ecuador. Para este cometido se echó mano de fuentes documentales y bibliográficas, entre las que destacan la normativa y la doctrina especializada, así como la escasa jurisprudencia local existente, además del apoyo de los métodos exegético, sistemático, analítico y comparativo.

2.- El panorama regulatorio en América Latina y Ecuador

Latinoamérica presenta un panorama de incorporación progresiva de la RPPJ. En esta línea están los países que en bloque¹⁴ aspiran la elaboración de un «Código Penal Tipo Iberoamericano»¹⁵, en un esfuerzo conjunto por unificar ciertas instituciones penales que den directrices a los Estados participantes o al menos constituyan un importante «*punto de referencia para todas las instituciones comprometidas en la mejora y racionalización de las leyes penales, no sólo en Iberoamérica sino también en Europa*»¹⁶. Una de las instituciones penales que se incorpora en ese Código Tipo, es precisamente, la RPPJ¹⁷; la que sin ser de

¹² Vid. BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.

¹³ La Exposición de Motivos del COIP nada dice respecto de la RPPJ, pero sí refiere a la «protección de bienes jurídicos».

¹⁴ Lo conforman países como Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba, Chile, El Salvador, España, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

¹⁵ Cuya iniciativa se acordó en Cartagena de Indias-Colombia, en 1994, en el marco de la denominada X Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos.

¹⁶ JAÉN VALLEJO, M., «Informe sobre los últimos trabajos de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano», disponible en: <http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/descarga.php?f=artpma/codigopenal.pdf>

¹⁷ El Código Tipo señala que «Las personas jurídicas son penalmente responsables en los casos previstos por la ley (...).

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o partícipes de los mismos hechos.

3. Los Jueces y Tribunales podrán imponer a las personas jurídicas las siguientes penas: a) Disolución. b) Clausura por tiempo no superior a cinco años. c) Suspensión total o parcial de actividades por tiempo no superior a cinco años. d) La intervención

reciente data¹⁸, de alguna forma contiene directrices que se observarán en varias regulaciones de los países latinoamericanos que la han adoptado.

El debate en América del Sur respecto de la RPPJ no es tan intenso como en Europa, no obstante, existen pronunciamientos importantes que han generado discusiones en ciertos países de la región como Argentina por ejemplo, en donde cuestiones como incentivos y prevenciones, concienciación y acuerdo eficaz¹⁹, buscan justificar la puesta en vigencia de la Ley 27.401 que regula la RPPJ²⁰. En Bolivia, previo a su regulación, el debate ya tomaba posturas respecto –no tanto– de la necesidad de esa clase de responsabilidad, sino por la articulación de mecanismos penales de prevención criminal a través de personas jurídicas²¹; al punto que en la actualidad, el Código de Sistema Penal de este país (CSP), introduce, el sistema de atribución de la RPPJ²². En Colombia, cuestiones como necesidad político-criminal²³; consecuencias accesorias versus irresponsabilidad²⁴; dificultades para sancionar a las personas jurídicas²⁵, van consolidando el debate de cara a una futura RPPJ, que por ahora el mecanismo regulatorio adoptado es vía responsabilidad administrativa²⁶; en la actualidad el proyecto de Ley No. 149 de 2020 de la Cámara de Representantes debate el sistema de RPPJ en este país. En Chile, a propósito de la entrada en vigor de la Ley núm. 20.393²⁷ a la RPPJ se la considera por un lado, como «*un cuerpo extraño*» en el Derecho

judicial para no perjudicar los intereses de los trabajadores. Dicha intervención no podrá ser superior a cinco años. e) Multa hasta el décuplo del beneficio obtenido por la actividad delictiva. f) Caucción de conducta. g) El comiso de los instrumentos obtenidos con la infracción. h) Pérdida de beneficios fiscales o de Seguridad Social. i) Amonestación. j) Publicación de la Sentencia, y por otro, aquellos que prefieren ir solos en esa tarea legislativa».

¹⁸ Ya desde octubre de 1998 cuando se celebra el *III Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano* en Panamá, se acuerda la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. JAÉN VALLEJO, Manuel, «Informe sobre los», cit., p. 2.

¹⁹ Vid. PAPA, R., «La nueva Ley de responsabilidad penal empresaria», *La Ley*, 2018-A, pp. 1-6.

²⁰ Vid. LAVIA HAIDEMPERGHER, L.; ARTAZA, M., «La responsabilidad penal de la persona jurídica. Un cambio de paradigma», *La Ley*, 2018-A, pp. 1-4.

²¹ Vid. CALASICH, F., «Bolivia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal boliviano» en AA.VV., *La Responsabilidad Criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, J. Zugaldía Espinar (Dir.) E. Marín de Espinoza Ceballos, Aranzadi SA., Cizur Menor, 2015, pp. 23-50.

²² En el CSP, el art. 65º regula la atribución de RPPJ en dos subapartados; el art. 66º contiene el catálogo de infracciones atribuibles a las personas jurídicas; el art. 67º determina la responsabilidad autónoma de la persona jurídica; en el art. 68º se recogen los lineamientos de exención de RPPJ y una regulación de los modelos de organización; el art. 69º contempla el sistema de atenuantes de RPPJ; el art. 70º regula las circunstancias agravantes; el art. 71º describe las sanciones o las penas a las personas jurídicas; el art. 72º señala la pérdida de la personalidad jurídica; el art. 73º contempla un catálogo de sanciones económicas para las personas jurídicas; el art. 74º contiene las sanciones prohibitivas; el art. 75º contempla las sanciones reparatorias; el art. 76º regula los casos en los que la persona jurídica incumpla la sanción; el art. 77º establece los criterios para la determinación de las sanciones; en el art. 79º se observa una regulación específica de la prescripción de la pena de la persona jurídica.

²³ Vid. TOLOSA RUSSI, D., «Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su incidencia en Colombia», *Derecho Penal y Criminología*, núm. 100, 2015, pp. 13-43.

²⁴ Vid. PETRO GONZÁLEZ, I., MOSQUERA-RENTERÍA, J., & TORRES-MOLINA, L., «La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia», *Revista Criminal* núm. 3, 2014, pp. 87-102.

²⁵ Vid. MISSAS GÓMEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Problemáticas sobre su aplicación desde la expedición del Código Penal.», *Criterio Jurídico*, núm. 1, pp. 69-106.

²⁶ Ley No. 1778, de 2 de febrero de 2016, «*por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*», dentro de la cual se abordan temas tales como la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por sobornos de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales; el régimen sancionatorio; disposiciones procedimentales; atribuciones y obligaciones de la Superintendencia de la materia y disposiciones en materia penal.

²⁷ Ley N° 20.393 Sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delito de cohecho, disponible en https://prelafit.cl/wp-content/uploads/2018/12/LEY-20393_02-DIC-2009-actualizada-20_11_2018.pdf

penal²⁸ que no ha considerado a otros delitos donde al amparo del *societas delinquere non potest* se encubren conductas delictivas²⁹; y por otro, se argumentan necesidades de prácticas efectivas punitivas materiales³⁰, lo que sumado a otras cuestiones, configuran el estado de la cuestión en ese país³¹. En Perú, debates como la contraposición al principio de culpabilidad de las personas humanas conforme a la doctrina clásica del Derecho penal³²; necesidad real versus Derecho penal simbólico³³; voluntad legislativa y política criminal³⁴; empresa y posición de garante³⁵; consecuencias accesorias³⁶, entre otros, van configurando un marco doctrinal interesante de cara a enfrentar la regulación de la RPPJ, la que –por ahora– se camufla tras la etiqueta de responsabilidad administrativa, en la Ley N° 30.424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional³⁷.

En Ecuador, hasta ahora el panorama resulta incierto. Aunque se dice que la RPPJ se trata de «*un tipo penal*» regulado en la Parte General del Derecho penal ecuatoriano³⁸; que su modelo se encuentra en «*construcción*»³⁹; que no existen atenuantes o agravantes propias para las personas jurídicas⁴⁰; o que se requiere una dogmática específica para la persona

²⁸ Esta conclusión generó un interesante debate que a su vez, en su momento, vislumbró dos posturas: la una en favor y la otra en contra de la RPPJ, al respecto véase a VAN WEEZEL, A., «Contra la responsabilidad», cit., p. 118.

²⁹ Vid. SOTO DÍAZ, D., «La responsabilidad de las personas jurídicas en Chile», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 401-411.

³⁰ Vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, H. «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, 2010, pp. 207-236.

³¹ Algunos temas de discusión respecto de la RPPJ en Chile, se pueden advertir en BUSTOS RAMÍREZ, J., «La Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AA.VV., J.B. J. Maier y A.M. Binder (comps.), *Derecho penal de hoy*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 15-26; COUSIÑO, L., *Derecho penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, pp. 276 a 278; CURY URZÚA, E., *Derecho penal. Parte general*, 7ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005; GARRIDO MONT, M., *Derecho penal*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992; MORENO, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas, sus órganos y directivos en derecho penal económico», *Revista Entheos*, núm. 1, 2004, pp. 43-69. HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «La introducción de», cit., pp. 207-236.

³² Vid. RAMOS ARENAZA, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Perú)», 2016, disponible en: <http://www.monografias.com/docs111/responsabilidad-penal-personas-juridicas-peru/responsabilidad-penalpersonas-juridicas-peru.shtml>

³³ Vid. FERNÁNDEZ DÍAZ, C.; CHANJAN DOCUMET, R., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 77, 2016, pp. 349-379.

³⁴ Vid. DONAIRES SÁNCHEZ, P., «Responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho comparado», *Revista Derecho y Cambio Social*, 2013, disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40791-responsabilidad-penal-empresa-derecho-comparado>

³⁵ Vid. MEINI MENDEZ, I., «Responsabilidad penal de las personas Jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal», *Ius et Veritas*, núm. 13, 1996, pp., 199-211.

³⁶ Vid. CASTRO OLAECHEA, N., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos_estudiantiles/082011_Responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas.pdf

³⁷ Ley que luego es modificada por el Decreto legislativo 1352, que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas así como por la Ley N° 30835, misma que modifica los artículos 1, 9 y 10 de la Ley N° 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. En lo principal, el Decreto legislativo 1352, contiene una ampliación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas; la autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica; las medidas administrativas aplicables; las medidas administrativas complementarias; la multa; el decomiso; las circunstancias atenuantes; las circunstancias agravantes; los criterios para la aplicación de las medidas administrativas; la suspensión de la ejecución de las medidas; la eximente por implementación de modelo de prevención y los efectos jurídicos y valoración de éste último.

³⁸ ZAVALA EGAS, J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema constitucional ecuatoriano (Arts. 49 y 50 COIP)*, Universidad Espíritu Santo, Guayaquil, 2014.

³⁹ ZAMBRANO PASQUEL, A., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito*, Murillo Editores, Guayaquil, 2017.

⁴⁰ Vid. LÓPEZ COBEÑA, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El nuevo paradigma de la legislación ecuatoriana en el COIP*, Cevallos Editora-Jurídica, Quito, 2018.

jurídica⁴¹. Lo cierto es que, a menos de diez años de la entrada en vigencia de esta institución en el COIP, el estado de la cuestión en el país no permite mayor profundidad en su discusión, ello debido a la escasa doctrina y a la nula jurisprudencia nacional. Así el panorama, puede ocurrir que, paradójicamente, la regulación del sistema de RPPJ del COIP se enfrente a una reforma antes que la doctrina jurisprudencial –al amparo de la actual regulación–, haya perfilado o matizado lineamientos respecto de cuestiones problemáticas de fondo de esta clase de responsabilidad penal.

3.- Política criminal y responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador

Cuestiones como las transformaciones sociales y económicas⁴² propias de sociedades dialécticas y modernas, que evidencian cada vez más el rol activo y disperso de sociedades mercantiles en la actividad económica de los Estados, constituyen algunos de los argumentos de la política criminal⁴³ de cara a justificar la regulación de la RPPJ. Los nuevos paradigmas del Derecho penal que exigen a través de los modelos de imputación, una especie de asunción o «*protagonismo social*»⁴⁴, proclaman la necesidad social de una reorientación o reestructuración de conceptos tradicionales que han permanecido casi inmutables a lo largo del tiempo –configurados únicamente para los seres humanos–, dentro de los cuales, indudablemente, se enlistan las categorías dogmáticas que estructuran la teoría del delito. En esa dialéctica, «*una de las problemáticas que se plantea en materia de política criminal se centra en la relación entre las personas jurídicas y el Derecho penal*»⁴⁵, como ejercicio de ese protagonismo advertido.

⁴¹ Vid. GARCÍA FALCONÍ, R.; ALBA ZURITA, E., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, especial enfoque al caso ecuatoriano», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 375-399.

⁴² Vid. HURTADO POZO, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_09.pdf

⁴³ En este sentido se sostiene que «*desde la perspectiva de la política criminal, aunado a los argumentos anteriormente expuestos, debe tomarse en cuenta el efecto simbólico-expresivo que sin duda tiene en la colectividad la incorporación de respuestas legislativas ante la criminalidad empresarial. Dentro de esas medidas, la punibilidad de las personas jurídicas constituye una de las herramientas más significativas en la medida que comunica a la colectividad la intención del Estado de hacer frente a la criminalidad económica*», COAÑA BE, L., «El modelo de imputación para personas jurídicas en el Código Penal del Distrito Federal, México: aspectos problemáticos», *Tribuna y Boletín de la FICP*, N° 1-2016, pp. 22-38.

⁴⁴ En el sentido de que «*La dinámica social exige renovación de las concepciones de imputación y punibilidad, así como el constante reacomodo de las relaciones internas y de cambio en el contenido de las categorías tradicionales, de la conformación de nuevas y de la desaparición de conceptos que se consideraban inmutables*», RUSCONI, M., *Cuestiones de Imputación y Responsabilidad en el Derecho Penal Moderno*, Edit. ADHOC, Buenos Aires, 1997.

⁴⁵ RUSCONI, M., «Cuestiones de Imputación», cit., p.111.

Consecuentemente con lo indicado y para efectos de centrar el debate en cuestiones de la RPPJ, es necesario reflexionar cuáles fueron los justificativos que llevaron al legislador ecuatoriano de 2014 a incorporar en la regulación penal ecuatoriana la RPPJ.

La necesidad de interacción que tienen los Estados en sus relaciones económicas ya sea en bloque o como una unión o comunidad de naciones, como el caso de los países europeos⁴⁶; o por la necesidad de pertenecer a grupos de intereses económicos y comerciales, como por ejemplo, los países que integran el Área de Libre Comercio (ALCA) en América; o a nivel más global como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); o por la pertenencia a organismos externos de regulación y control en aspectos que trascienden las fronteras como la Organización de Estados Americanos (OEA), por ejemplo; terminan acogiendo en la mayoría de los casos, al interior de los Estados, directrices o recomendaciones de los citados organismos. Puede que lo advertido sea motivo suficiente para que ciertos Estados acoplen en sus regulaciones internas las recomendaciones de esos organismos respecto de RPPJ⁴⁷, ya sea para mantenerse en la organización o para aspirar a su adhesión. Frente a esto, necesariamente cabe una sub interrogante ¿acaso éstas fueron razones suficientes para que Ecuador introduzca en su regulación la RPPJ?

Así, por una parte, resulta incuestionable en la actualidad, la participación e interrelación de los Estados en bloques intrarregionales o extrarregionales en el marco de la denominada cooperación internacional y de las relaciones internacionales al amparo del Derecho internacional público y del privado. Se trata de una realidad que necesariamente debe ser advertida a la hora de que las políticas públicas estructuren y encaminen estudios de cara a ir configurando posibles regulaciones internas. Sin embargo, y por otra parte, esa relación persona jurídica-Derecho penal no debe ser únicamente sugerida desde «*fuera*» del marco estatal en el que ha de exigirse esa «*necesidad social transformadora*», es decir, no se requiere solamente una fundamentación por parte de organismos internacionales como condición para incentivar o favorecer ciertas necesidades en el ámbito de las relaciones internacionales de diversa índole; sino sobre todo, debe ser advertida por acciones y estudios propios del Estado en el cual urge su abordaje dialéctico. Esas acciones y estudios requeridos deben involucrar no sólo a las instituciones encargadas de las políticas públicas, entendidas como el género de la especie política criminal; sino también, la participación activa de otros sectores de la sociedad entre ellos, el corporativo y las universidades.

⁴⁶ En Europa se afirma, por ejemplo, que «*en todos los Convenios internacionales, procedan de la OCDE, la ONU o el Consejo de Europa, o en las Directivas Decisiones marco de la UE aparece casi como una cláusula de estilo la necesidad de prevenir sanciones contra las personas jurídicas*», NIETO MARTÍN, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal», *Revista Nueva Doctrina Penal*, n° 1, 2008, págs. 125-159.

⁴⁷ Aunque las recomendaciones o directrices no necesariamente sean de adopción de una responsabilidad penal, sino opcionalmente entre ésta o la responsabilidad administrativa.

Lo señalado, lleva a la necesidad de plantear dos consideraciones a tomarse en cuenta a la hora de abordar esa relación advertida entre persona jurídica-Derecho penal. Por un lado, las razones internas de un Estado y, por otro, la exigencia de los organismos internacionales siempre que éstas estén basadas en argumentos de política criminal internacional – delincuencia transnacional con participación de personas jurídicas–. Estas dos razones articuladas y abordadas adecuadamente, permitirán explicar con claridad la necesidad de la regulación de la RPPJ y «comunicar» –a su vez– a la sociedad, con fundamento en verdaderas razones de política criminal, que se ha atendido la exigencia de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas⁴⁸.

Por otro lado, la seguridad interna y externa como política pública de un Estado, requiere la articulación estratégica de planes y programas gubernamentales que permitan establecer pautas de actuaciones encaminadas al abordaje de esos temas, con miras a formular o reformar regulaciones y procesos ante las crecientes necesidades que las afectan; pautas que deberán estructurarse desde un enfoque preventivo, pero también reactivo y remedial⁴⁹. En Ecuador, esa labor le corresponde al Estado y en materia penal a la Fiscalía General del Estado (FGE) a través de la Dirección de Política Criminal (DPC), encargada de la Gestión de Política Criminal⁵⁰ (GPC) conforme al Estatuto Orgánico de la FGE. Por lo tanto, en este organismo autónomo de la función judicial ecuatoriana se debe centrar la mirada para establecer el estudio o estudios criminológicos realizados y que debieron servir de sustento para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, al menos desde la perspectiva acusatoria.

En las políticas y estrategias de prevención del delito de la DPC de la FGE, se debe involucrar a todos los sectores que contribuyan al desarrollo de los nuevos paradigmas a los que se enfrenta el Derecho penal ecuatoriano y en los que, precisamente, la política criminal está llamada a intervenir. Uno de esos sectores es el empresarial, mismo que debe haber impulsado la preocupación estatal por abordar la relación persona jurídica-Derecho penal, al punto que ha introducido su responsabilidad penal, insertando de este modo, al debate dogmático penal ecuatoriano, en el moderno Derecho penal y su corolario Derecho penal económico como necesidades del denominado «*expansionismo del Derecho penal*»⁵¹.

⁴⁸ Vid. PONCE BARBA, F., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva de la legislación mexicana ¿sanción penal o medida administrativa?*, B. Escudero García-Calderón (dir.), Tesis Doctoral, Universidad San Pablo, Universidad de Guadalajara, 2015.

⁴⁹ Vid. GONZÁLEZ GUARDA, C., «La política criminal aplicada (PCA): La deriva de la política criminal hacia la política Pública», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, núm. 88, 2017, pp. 185-216.

⁵⁰ Esta Unidad de Gestión tiene como Misión «Generar y analizar información criminológica, con el propósito de formular políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana, en coordinación con otras instituciones; a nivel nacional, regional, provincial, cantonal y local», y se rige por el Estatuto Orgánico por Procesos de la Fiscalía General del Estado.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

En el ámbito interno, en Ecuador los niveles de inseguridad en delincuencia común llevaron al gobierno a revisar sus políticas públicas, concretamente la criminal⁵². En esa línea, se endurecen las penas e incorporan ciertas figuras delictivas nuevas, inclusive se promulga el COIP como normativa penal unificada (parte sustantiva, adjetiva y ejecutiva). En el subsistema penal que abarca los delitos socioeconómicos, también se incorporan algunas conductas nuevas y a otras se les endurece las penas. No obstante, en cuestiones de RPPJ, resulta difícil encontrar motivos –al menos– expresos respecto de su fundamentación político criminal, sobre todo, cuando a ésta debe entenderse desde una doble vertiente: la que estudia orientaciones políticas, sociológicas, éticas u otras que se verifican en cada institución del Derecho penal vigente y, también, como la aportación de criterios teóricos de justicia, eficacia o utilidad dirigidas al legislador en la empresa reformativa de leyes⁵³; cuestiones muy discutibles pero no debatidas en la criminalización de las personas jurídicas en Ecuador.

Al hilo de lo anterior, fronteras adentro no se encuentra documento elaborado por la FGE⁵⁴ o al menos en su poder, que permita asumir que como resultado de un proceso o estudio⁵⁵, la penalización de la RPPJ obedece a necesidades y razones de política criminal. Por ende, no se puede visualizar cuestiones como filosofía penal, reflexiones sobre la base de los fundamentos de la justicia, argumentos de legitimidad esgrimidos, límites al derecho a castigar a las personas jurídicas, los derechos de los socios, de los asociados y de la propia persona jurídica, tratamiento que la sociedad da a la delincuencia económica y empresarial, cómo afecta a la ética empresarial la comisión de infracciones penales, el rol de las personas jurídicas y su influencia, cultura de cumplimiento y fidelidad al Derecho, entre otras. Estas cuestiones, necesariamente deben considerarse si se quiere entender a la política criminal como esa parte de la política pública que *«persigue el gobierno de un país en lo que concierne a: la aplicación del derecho penal, la revisión del derecho penal, la prevención de la delincuencia, la administración de la justicia criminal (comprendiendo la policía), y el tratamiento al delincuente»*⁵⁶.

De otro lado y en un ámbito regional más próximo, se advierte en Latinoamérica la influencia de organismos internacionales como la OCDE, a la hora de la incorporación de la RPPJ⁵⁷.

⁵² Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Este autor define a la política criminal *«como aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad»*.

⁵³ Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., *«Curso de Política»*, cit., p. 22.

⁵⁴ Así se ha evidenciado de una búsqueda minuciosa en la página web de la FGE, así como en entrevistas personales realizadas a Fiscales Provinciales.

⁵⁵ Para evitar, precisamente el riesgo de caer en *«una política criminal irreflexiva y sin objetivos de mayor calado Sistémico»*, GÓNZALEZ GUARDA, C., *«La política criminal»*, cit., p. 211.

⁵⁶ BERNAT DE CELES, citado por Prieto Hechavarría, M., en *«Fines de la Política Criminal»*, *Gestión Polís*, núm. 1, 2011, disponible en: <https://www.gestiopolis.com/fines-politica-criminal/>

⁵⁷ En Argentina la situación al igual que Chile, proviene de la exigencia directa del OCDE, en un reporte publicado en 2017 se destaca que *«Dieciséis años después de su ratificación, la Argentina continúa incumpliendo la Convención para Combatir el Cohecho de la OCDE. Sigue sin poder responsabilizar a las empresas por el cohecho internacional ni procesar a los ciudadanos»*

Ecuador, en el marco de la lucha contra la delincuencia transnacional organizada y contra la corrupción, ha suscrito y ratificado convenios internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁵⁸; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo 2000)⁵⁹ que recoge en su regulación la RPPJ y que a la postre le permite ser también parte de los Estados que en bloque forman parte de la Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, (Convención de Nassau de 1992). Sumado a las exigencias del GAFISUD⁶⁰ respecto del empleo de personas jurídicas en los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo⁶¹, así como la necesidad de formar parte de la OCDE, permite afirmar hipotéticamente, que la tipificación de la RPPJ en la región y particularmente en Ecuador, encuentra sustento externo en esas directrices. Parece que el legislador ecuatoriano, sin profundizar en cuestiones de autorregulación regulada, cumplimiento normativo, ciudadanía corporativa e irresponsabilidad organizada en el ámbito local, se ha decantado por una regulación penal de la RPPJ que satisfaga requerimientos o directrices internacionales bajo el argumento expreso de honrar «*compromisos internacionales*»⁶².

Finalmente, lo expuesto permite por un lado, sostener en respuesta al primer interrogante, que en efecto la RPPJ debe obedecer necesariamente a justificativos políticos criminales no sólo externos⁶³⁻⁶⁴ sino también internos; y por otro lado, siendo así y en respuesta a la segunda interrogante, en el caso ecuatoriano no se encuentran argumentos suficientes que

que cometan este delito en el extranjero. Desde diciembre de 2015 se han realizado importantes esfuerzos para implementar la Convención. La Argentina debe ahora asegurar que el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, presentado en el Congreso en 2016, aborde estas y otras lagunas importantes, y que se promulgue sin demora. La Argentina también debe adoptar medidas urgentes que den respuesta a las preocupaciones relacionadas con la independencia judicial y del Ministerio Público Fiscal», disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/argentina-debe-promulgar-con-urgencia-el-proyecto-de-ley-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas.htm> Posterior a ello, inmediatamente se publica bajo esa misma necesidad, la Ley 247.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos, publicado B.O. del 1/12/2017. En Chile se argumenta que la incorporación de la RPPJ en ese país «obedece a que era uno de los requisitos que faltaban para que Chile se pudiera incorporar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (ECD)...», SIERRA LEWIN, S., «Las personas jurídicas en el proceso penal: experiencia chilena», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp.413-421

⁵⁸ Esta convención en el art. 26 establece la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque sugiere que puede ser penal o administrativa. Registro Oficial Suplemento No. 166 de 15 de diciembre de 2005.

⁵⁹ En el art. 10 de esta convención se prevé una responsabilidad penal, civil o administrativa de la persona jurídica. Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Registro Oficial Suplemento No.153 de 25 de noviembre de 2005

⁶⁰ En principio, en un informe referido a Ecuador del año 2007 el GAFISUD concluía que «No se establece responsabilidad penal para las personas jurídicas». Posteriormente, en un informe que presentó en el año 2012, recomienda «incluir en el ordenamiento jurídico del Ecuador disposiciones que hagan posible aplicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas o medidas civiles o administrativas eficaces y disuasivas», Grupo de Acción Financiera de Sudamerica Gafisud. Evaluaciones mutuas, disponible en: http://www.gafisud.info/documentos/esp/evaluaciones_mutuas/Ecuador_3era_Ronda_2011.pdf

⁶¹ La Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera núm. 7 c) señala que «Debe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad penal y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas».

⁶² Así se puede advertir en el considerando 5 de la Exposición de Motivos del COIP, Suplemento del Registro Oficial No. 180, 10 de Febrero 2014.

⁶³ Como los advertidos con poca claridad en la Exposición de Motivos del COIP que justifica la «Adecuación de la normativa nacional a los compromisos internacionales», Suplemento del Registro Oficial, cit.

⁶⁴ Esto, además, por cuanto los organismos internacionales no recomiendan necesariamente que los Estados adopten la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino, pueden adoptar, de forma alternativa o paralelamente, responsabilidades civiles o administrativas.

justifiquen motivos de política criminal internos que hayan permitido articular juntos con los externos, verdaderos estudios al amparo de las políticas públicas de cara a establecer necesidades criminológicas para justificar la RPPJ⁶⁵. Hay que aclarar que, no es que quizás, no existan motivos de política criminal internos, lo que se cuestiona es la ausencia de estudios internos tendientes a justificarlos. A esta conclusión coadyuva, como se ha venido advirtiendo, la ausencia de justificación en la Exposición de Motivos del COIP. Todo ello, a mi juicio, deja huérfana de fundamentación, la incorporación del sistema de RPPJ en la legislación penal ecuatoriana con consecuentes repercusiones en la praxis.

No obstante de lo indicado, quizás, en un sentido general, las referencias que en la Exposición de Motivos del COIP, respecto a la necesidad de adecuación de la legislación penal ecuatoriana «a los nuevos desarrollos conceptuales que se han producido en el mundo y en la región, como mecanismo para asegurar un correcto funcionamiento de la justicia penal»⁶⁶, puede que sea el punto de partida para justificar la necesidad de la regulación de un Derecho penal económico en sentido estricto y en sentido amplio, que desde 2014 de forma categórica se evidencia en el COIP; convirtiendo a la RPPJ en un instrumento indispensable de aquél, en el que se han de buscar los justificativos dogmáticos de ésta. De todas formas y finalmente, corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia local el abordaje y la reflexión de cuestiones dogmáticas del Derecho penal económico⁶⁷, dentro del cual ha de tener cabida –reitero– la RPPJ.

4.- Constitución y responsabilidad penal de las personas jurídicas

El legislador constituyente no introdujo de forma expresa en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) algún precepto del que abiertamente se pueda partir para justificar el sistema ecuatoriano de RPPJ; tampoco era imperiosa la necesidad de hacerlo. No obstante, en la Norma Suprema se puede encontrar alguna referencia puntual en caso de las obligaciones en la prestación de servicio a los usuarios y consumidores⁶⁸, y de protección al medio ambiente y naturaleza⁶⁹.

⁶⁵ Más aún si, siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ, J., «La responsabilidad penal», cit., p. 25, en la actualidad, el predominio del principio político criminal, hace necesario construir una teoría penal de la persona jurídica.

⁶⁶ IBIDEM.

⁶⁷ Sin embargo, en Ecuador el desarrollo de esta rama del Derecho penal es incipiente, y en materia jurisdiccional no se cuenta con órganos especializados.

⁶⁸ El art. 54 CRE señala que «Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore».

⁶⁹ La CRE en el art. 71 establece que «El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema», lo que en relación con el art. 72, le confiere a la naturaleza el derecho a ser restaurada en caso de su afectación además de la obligación estatal que tienen las personas jurídicas de «indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados». Todo esto en claro ejercicio de una política protectora adoptada por Ecuador a partir de 2008, que busca a priori la conservación y a posteriori la recuperación de la naturaleza, advirtiendo en su posible afectación la participación de las personas jurídicas.

De una lectura integral del texto de la CRE, como se verá *infra*, se puede abstraer la vigencia de un sistema de derechos y obligaciones que poseen «*las personas*» sin distinción alguna, una vez que adquieren esa personalidad jurídica que les permite ser, precisamente, sujetos de derechos y obligaciones. Esta advertida equiparación de esos derechos y obligaciones les permite por un lado, ser sujetos activos del proceso penal en la medida que tienen derecho a acudir al órgano judicial y activar un proceso penal con todas sus garantías en calidad de víctima; y por otro lado, responder penalmente como sujetos de imputación penal o sujetos pasivos del proceso (con todas sus garantías), en casos de vulneraciones a determinados bienes jurídicos protegidos. Es precisamente en este segundo caso, donde reposa el sustento constitucional de su imputación penal. Luego, el trato no diferenciado que hace la CRE cuando se refiere de forma genérica «*personas*», exige que en los casos advertidos se observe también respecto de las personas jurídicas, todo el sistema constitucional de principios del Derecho penal, así como de las garantías básicas del debido proceso. Junto con esto, no se puede dudar del reconocimiento que de la titularidad de otros derechos hace la CRE en favor de las personas jurídicas, sobre todo, respecto de ciertos derechos económicos⁷⁰. Todo lo acotado permite esbozar la constitucionalidad del sistema de RPPJ en Ecuador.

Un precedente inmediato de la RPPJ en Ecuador, se encuentra desde la Constitución Política de 1998 (CPE), referido únicamente a las normas de protección al medio ambiente⁷¹. De ahí que, se pueda señalar que constitucionalmente el sistema de RPPJ asoma, aunque sea de forma declarativa y puntualizada al medio ambiente, desde mucho antes de la vigencia del COIP⁷².

Al hilo de lo que se ha indicado, se ha de advertir que los fundamentos punitivos del sistema penal ecuatoriano encuentran su piedra angular en el principio de culpabilidad, principio que en sede constitucional implica tanto la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, como la legitimación de la pena y los límites al *ius puniendi*⁷³. De ahí que, para responsabilizar penalmente a las personas naturales y jurídicas en observancia de aquel

⁷⁰ Vid. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005

⁷¹ Art. 87 CPE: «La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente»

⁷² No obstante de la mención constitucional, en el anterior Código penal (CP) y en las leyes ambientales que regían entonces no determinaron esos procedimientos penales para establecer la RPPJ por la comisión de infracciones ambientales.

⁷³ Vid. VELEPUCHA RÍOS, M., «Culpabilidad en el Derecho Penal», disponible en: <https://www.derechoecuador.com/culpabilidad-en-el-derecho-penal/>

principio, deberá observarse las garantías básicas del debido proceso, sobre todo las de los numerales 2⁷⁴ y 3⁷⁵ del art. 76 de la actual CRE.

En definitiva, existen justificativos de reconocimientos de ciertos derechos como el de organización empresarial privada⁷⁶, los económicos y la tutela efectiva que la Constitución reconoce a toda clase de persona entre ellas las jurídicas (art. 10 CRE); por ende, como consecuencia de ese reconocimiento en caso de vulneración a ciertos bienes jurídicos, es necesario también responsabilizarlas penalmente. Otros justificativos punitivos se enmarcan en la vigencia constitucional de los principios de legalidad, culpabilidad o responsabilidad que sin distinción de persona a las que se les garantiza, deben observarse también para las personas jurídicas, y que entre todos ellos, configuran el sistema de derechos fundamentales garantizados en la CRE a favor de «*todas las personas*» y no solamente de las naturales. Finalmente, aparecen cuestiones de responsabilidades específicas en la protección de ciertos derechos como por ejemplo, de los usuarios, consumidores, y de la naturaleza, que en una interpretación extensiva conlleva a asumir el reconocimiento expreso de la RPPJ en la CRE de 2008. Reconocimiento que a nivel constitucional no es novedoso, ya que la CPE de 1998 –como se advirtió *supra*– la contemplaba de forma puntual para el caso de los delitos contra el medio ambiente.

5.- Modelos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

La determinación y el análisis de los modelos de imputación, encaminan la comprensión del propósito regulatorio de la RPPJ, en la medida que se observe la vigencia de los principios informadores del Derecho penal; luego, en materia procesal, servirá de necesario punto de partida en el análisis procedimental y sobre todo, en materia de carga de la prueba. De ahí que, en cualquier Estado en el que se regule la RPPJ, su modelo de imputación deberá armonizar irremediablemente con el sistema penal⁷⁷ y por ende, con el respeto a los principios que lo gobiernan, sobre todo, cuando se trata de un tema complejo⁷⁸ y debatible como el que se aborda.

⁷⁴ Respecto del principio de culpabilidad o responsabilidad, la presunción de inocencia exige el tratamiento de inocente del procesado hasta que su culpabilidad sea declarada en sentencia firme.

⁷⁵ Por el principio de legalidad: «*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento*».

⁷⁶ El art. 319 CRE reconoce una serie de organizaciones, como las cooperativas, las empresas públicas o privadas, las asociativas, entre otras.

⁷⁷ Un análisis sobre esta cuestión, véase en RODRIGUEZ MOURULLO, «La responsabilidad penal en las personas jurídicas y los principios básicos del sistema», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm.62, 2010.

⁷⁸ Por lo menos hasta ahora en Ecuador.

Respecto de los modelos, existen clasificaciones que los agrupan según las diversas formas de RPPJ en modelos de identificación, vicarial y holístico o integrales; y, según el sustrato humano, que agrupa modelos por atribución o heterorresponsabilidad y de responsabilidad por el hecho propio o autorresponsabilidad⁷⁹. Sin embargo, y sin distingo de clasificación, la doctrina reagrupa a modelos con características similares, de los cuales, los que mayormente asoman en la órbita de la discusión son los modelos fundamentados en la heterorresponsabilidad y aquellos que se fundamentan en la autorresponsabilidad.

5.1.- Modelos por heterorresponsabilidad o vicariales⁸⁰

Vigente en Estados Unidos⁸¹ y Reino Unido⁸², consiste en el reconocimiento o la atribución⁸³ de la culpabilidad a la empresa por el actuar delictivo de la persona física, en cuyo caso, opera una especie de transferencia de la responsabilidad de ésta hacia aquélla. Es un modelo que no revierte demasiada complejidad⁸⁴ ya que se trata de una especie de fórmula en la que «*la culpabilidad de la persona física es la que hace culpable a la persona jurídica*»⁸⁵. Conocido también como atribución por heterorresponsabilidad, centra su fundamento en el traslado de la responsabilidad penal de la persona humana hacia la persona jurídica. Dicho fundamento ha dado paso a que sus detractores argumenten en su contra afectaciones a cuestiones fundamentales del Derecho penal, como por ejemplo, responsabilidad por el hecho ajeno, personalidad de las penas y *non bis in idem*. No obstante, en algunas legislaciones donde rige⁸⁶, sus márgenes jurídicos lo tornan viable.

⁷⁹ Vid. SALVO ILABEL, N., *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado entre los sistemas español y chileno*, M. Cugat Mauri (dir.), Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis Doctoral, 2014; disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/285167/hsi1de1.pdf>

⁸⁰ Conocida también como responsabilidad vicaria de imputación penal, tiene su origen en el caso Hudson, *STS de EEUU New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, de 1909. Por la cual se ratifica una condena contra una compañía ferroviaria y dos de sus empleados por prácticas prohibidas en violación a la *Elkins Act de 1903* que prohibía a las compañías ferroviarias dedicadas al transporte de mercancías ofrecer ciertos descuentos, cuando «*fuera cometidas por sus representantes, directivos y empleados (officers, directors, employees o agents), cuyas acciones y omisiones serían atribuidas tanto a éstos cuanto a la corporación o persona jurídica*», vid. VILLEGAS GARCÍA M., *Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América*, J. López Barja de Quiroga (dir.), Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

⁸¹ En ese país a este modelo se lo conoce en su traducción «*vicarious liability*», es aplicable bajo la figura del «*respondeat superior*», VILLEGAS GARCÍA, M., *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

⁸² Vid. NIETO MARTIN, A., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

⁸³ En similar sentido, se afirma que este modelo consiste en «*atribuir la responsabilidad penal a una persona jurídica por la actuación de una persona física que reúne determinadas cualidades*», DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO/2010», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pp. 1-28.

⁸⁴ Ya que, de todas formas, se atribuye RPPJ con la simple constatación de la comisión de un delito por algún miembro de la entidad en beneficio o por cuenta de ésta, con lo que se está frente a un caso de transferencia desde la persona física hacia la jurídica de forma automática, sin que se necesario determinar la culpabilidad o injusto propio de ésta. Se trata de un efecto rebote o reflejo del delito del directivo o representante hacia la persona jurídica, vid. CHANJAN DOCUMENT, R., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un olvido o reinterpretación de los principios del Derecho Penal?», disponible en <https://ficip.es/wp-content/uploads/2018/01/Rafael-Chanjan-Documet-La-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas.pdf>

⁸⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Culpabilidad y persona jurídica», I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico; 1998, pp. 13-25, disponible en: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10720/CC%2045%20art%202.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁸⁶ Al menos en las legislaciones francesa e inglesa. Por otro lado, el sistema de imputación norteamericano está basado no solamente en la responsabilidad por el hecho propio sino también por el hecho ajeno.

De una mirada al Derecho comparado, se observa que en España algún sector de la doctrina y la Fiscalía General del Estado de este país (FGE-E para diferenciarla de la FGE de Ecuador) se han pronunciado en el sentido de que el modelo de imputación de RPPJ es el «*vicarial o por representación*»⁸⁷, inclusive, lo ha hecho en ciertos casos el propio Tribunal Supremo⁸⁸. El modelo vicarial argumentado por la FGE-E en la Circular 1/2016⁸⁹, infiere la necesidad de una previa comisión delictual por una persona física, que se puede observar aún en los dos casos del art. 31 bis del Código Penal de ese país (CP)⁹⁰, ya que el primer «*hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad, y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica*»⁹¹. Es decir, que para la FGE-E, aunque la reforma de 2015 ha mejorado y aunque expresamente el legislador español así lo diga en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, aún no se puede vislumbrar del todo un modelo puro de autorresponsabilidad⁹².

Finalmente, hay quienes advierten que el modelo de imputación por transferencia o vicarial, resulta problemático cuando no se pueda determinar, identificar o individualizar a la persona natural responsable⁹³, entre otras cuestiones.

⁸⁷ FGE, Circular 1/2016, Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2016.pdf?idFile=81b3c940-9b4c-4edf-afe0-c56ce911c7af

⁸⁸ Así se ha pronunciado este organismo siendo ponente Andrés Martínez Arrieta: «*La queja expuesta sobre la absolución de la persona jurídica no tiene el alcance que plantea. La responsabilidad penal de la persona jurídica es vicarial y, aunque no supeditada a la condena de una persona física, sin depender de su conducta. Lo que justifica que no siendo declarada probada la antijuricidad de la conducta de la persona física, la de la jurídica deba mantener la misma solución*», STS (Sala de lo Penal) núm. 3665/2018 de 25 de octubre.

⁸⁹ En líneas textuales, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado establece que «*Debe comenzarse avanzando que, pese a los significativos cambios estructurales y sustantivos, que se irán analizando a lo largo de esta Circular, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, «En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial» mediante un sistema de numerus clausus que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal. Para las entidades sin personalidad jurídica siguen reservadas las consecuencias accesorias del art. 129 CP*», pp. 4-5.

⁹⁰ Los dos casos señalados en el art. 31 bis del Código Penal de España con la reforma de 2015, refieren a los contenidos en los numerales «a) *De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*

b) *De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

⁹¹ FGE, Circular 1/2016, cit. p. 5.

⁹² Sin embargo, hay que resaltar que si bien es cierto, el actual modelo de atribución de RPPJ español parte de la comisión de un delito por ciertas personas físicas (al igual que el caso ecuatoriano), pero también, adicionalmente exige el incumplimiento grave de los deberes de supervisión (que es un requisito propio de los modelos de autorresponsabilidad). Además, la STS 154/2016, de 29 de febrero, indica expresamente que la RPPJ no puede ser ajena al principio de culpabilidad y demás principios propios del Derecho penal.

⁹³ Vid. RODRIGUEZ ALMIRÓN, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2017, pp. 107-129.

5.2.- Modelos fundamentados en la autorresponsabilidad

Frente a los modelos de heterorresponsabilidad, existe otro grupo de modelos que implican el establecimiento de culpabilidad a la empresa como resultado de su propia actuación, por lo que, se puede deducir que la consecuencia sería la inobservancia de una adecuada organización⁹⁴ empresarial como afectación de esa cultura organizativa a la que están llamadas las entidades en cuestión; dejando en segundo plano, la necesidad de acreditar conductas delictuales de las personas naturales o físicas que la integran⁹⁵. Como se puede apreciar, estos modelos apuntan a la responsabilidad por el hecho propio que toma en consideración los «*patrones de toma de decisiones*»⁹⁶ del ente jurídico.

Debido a que el discurso académico de este trabajo ha de partir de la necesidad de explicar la RPPJ en Ecuador en apego a la vigencia del principio de culpabilidad, y siendo los modelos por autorresponsabilidad los que se adecuan a estas pretensiones, a continuación, brevemente se abordan los diferentes sub modelos que se encuadran dentro de esta categoría.

5.2.1.- Modelos de autorresponsabilidad por el hecho propio

Estos modelos fundamentan la RPPJ por el cometimiento de un hecho delictivo propio⁹⁷. Implican la existencia de una responsabilidad que se le pueda atribuir de forma directa a la persona jurídica, bajo la cual, la sanción se daría por su propia responsabilidad independiente de la responsabilidad de la persona física que ejecuta el delito⁹⁸ para beneficio de aquélla. En estos casos, se está bajo el argumento de una imputación directa y no derivada. Se trata de una imputación por autorresponsabilidad pura.

Una forma de imputación directa asoma en Italia⁹⁹, en donde, aunque bajo la denominación de responsabilidad administrativa directa, ofrece soluciones a tomarse en consideración¹⁰⁰ ya

⁹⁴ Vid. HEINE, G., «La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales», en AA.VV., J. Hurtado Pozo (coord.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 49-72.

⁹⁵ Vid. SALVO ILABEL, N., «Modelos de imputación», cit., p. 100.

⁹⁶ IBIDEM.

⁹⁷ Vid. BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J., GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «*Responsabilidad penal de*», cit., p. 65.

⁹⁸ En este sentido, sugiere la necesidad de encontrar una solución a los conflictos dogmáticos que respecto de los modelos de imputación presenta la regulación penal de las personas jurídicas en España, cuando se presenten los casos de sancionar a una persona jurídica cuando existe imposibilidad de identificar o individualizar a la persona natural o física, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en AAVV., I. Berdugo Gómez de la Torre (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo 1, Iustel, Madrid, 2010, pp. 313-331.

⁹⁹ Cabe resaltar, que este modelo es idéntico al modelo español de RPPJ, ello por cuanto, la reforma del CP de éste país del año 2015 parece ser una copia literal del Decreto Legislativo italiano 231.

¹⁰⁰ Este modelo de responsabilidad, construido ante la necesidad de zanjar inconvenientes de política criminal e introducido en el año 2001 bajo la etiqueta «*administrativa*» ofrece la posibilidad de solucionar de buena manera la necesidad de protección en el campo del crimen empresarial, véase MANNOZZI, G., y CONSULICH, F., «Criminal Liability of Corporations in the Italian.

que reviste características penales. En efecto, lo interesante del modelo italiano advertido por la doctrina, consiste en el hecho de que, pese a que la responsabilidad colectiva sea de carácter administrativa se conecta directamente al delito, lo que permite ya en el campo de las sanciones, observar el respeto a los principios observadores del Derecho penal, que en la línea de aquella regulación se traduce en la fiel observancia a los principios de legalidad y el de aplicación de la ley más favorable¹⁰¹, atendiendo además, a los requisitos que exige la responsabilidad penal, lo que equivale a un trato garantista de defensa hacia la persona jurídica imputada similar al de la persona física¹⁰².

Y es que la fórmula de los modelos por autorresponsabilidad, al parecer está ganando terreno en Latinoamérica, así se puede observar en regulaciones como la pretendida boliviana, la cubana, entre otros. En México, del propio enunciado del art. 421 NCPP se desprende la intención expresa del legislador de ese país de optar por una RPPJ autónoma y por castigar a la persona jurídica por su defectuosa organización¹⁰³.

En España, el modelo de imputación por el hecho propio¹⁰⁴ o llamado de forma genérica o indistintamente de autorresponsabilidad¹⁰⁵ al que aspira el legislador de forma expresa en la justificación dada a la reforma de 2015¹⁰⁶ operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y por el que se inclina un sector de la doctrina¹⁰⁷, consiste en la atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica por el hecho propio, pese a que el delito se lo ejecute por alguna de las personas con aptitud para activar el sistema de RPPJ. Esto equivaldría en la praxis a una especie de dos responsabilidades diferentes, una de la persona física y otra la de la jurídica, se trata de una culpabilidad para la segunda derivada de la infidelidad al Derecho, ocurrida a su vez, por la ausencia de medidas de prevención delictual

Legal System: an Overview» *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe, La Charte Bruxelles*, 2008, pp. 207-226.

¹⁰¹ Vid. SALVO LABEL, N., «Modelos de imputación», cit. p. 124.

¹⁰² Vid. PULITANÓ, D., «La responsabilità "da reato" degli enti; i criteri d'imputazione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 2, 2002, pp. 415-438.

¹⁰³ Vid. GONZÁLEZ, P., «México. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México», en AA.VV. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en México*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 263-303; al respecto, el autor al analizar la pretendida reforma de 2012 que planteaba incorporar en el CPF la RPPJ, en idéntico sentido, afirma que el art. 13 bis de la iniciativa de reforma, «prohíbe a la persona jurídica crear un defecto en la organización y que se lo reprocha por no haber creado una cultura organizacional de cumplimiento del derecho». En esa dirección, en México las personas jurídicas responderán penalmente por «los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización» (art.421 CPF)

¹⁰⁴ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, núm. 86-87, 2008, pp. 129-148.

¹⁰⁵ Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «Autoorganización empresarial y autorregulación empresarial», *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 08-05, 2006, pp. 01-27.

¹⁰⁶ Así se evidencia en el Preámbulo III de la reforma de 2015 del Código Penal, Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

¹⁰⁷ En esa línea se adscriben, entre otros: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010, pp. 1-13; GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 7534, 2010, pp. 1-14; NIETO MARTÍN, Adán, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010» *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009, pp. 47-70.

y respecto de lo cual se ha pronunciado el TS¹⁰⁸, en el sentido de que la persona jurídica que tenga implementado programas de prevención y control eficaces tendientes a evitar la comisión de una infracción penal, queda eximida de responsabilidad penal¹⁰⁹. Lo advertido en la jurisprudencia española, permite entender la esencia de este modelo de imputación al tiempo que refuerza la necesidad e importancia de los *compliance*. El TS de este país, rechazando el modelo vicarial, se ha pronunciado por la responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio¹¹⁰.

Lo esencial para esta clase de modelos se centra en tres cuestiones de amplio debate en la actualidad con calado en la actividad empresarial, como la evitación del riesgo y los consecuentes daños que pueden causar en terceros la actuación delictiva empresarial; la necesidad de los programas de cumplimiento; y, la noción de cumplimiento de la legalidad y comportamiento corporativo ético¹¹¹.

5.2.2.- El sub modelo constructivista de autorresponsabilidad

Con fundamento en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos¹¹², parte este sub modelo de la asunción de una necesaria autorresponsabilidad por la complejidad que presentan determinados sistemas organizativos empresariales, abogando por un modelo al que su principal exponente ha denominado de «*autorresponsabilidad empresarial, esto es, de una responsabilidad originaria de la propia empresa*»¹¹³. Este modelo infiere la necesidad de la construcción de una autorresponsabilidad propia de la empresa para afrontar y superar los problemas de imputación penal que plantean los modelos vicariales –basados en la necesaria

¹⁰⁸ El Tribunal Supremo en su sentencia 154/2016 de 29 de febrero, se ha pronunciado que «a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia o control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por estos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica»

¹⁰⁹ KPMG Abogados, ¿Responsabilidad penal vicarial o autorresponsabilidad de las personas jurídicas?, disponible en <https://economia3.com/2016/08/10/82970-responsabilidad-penal-vicarial-o-autorresponsabilidad-de-las-personas-juridicas/>

¹¹⁰ En la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 de febrero, se rechaza el sistema vicarial de imputación de responsabilidad penal, pues, a decir de este organismo de justicia español, esta clase de responsabilidad equivale, a que respecto de la persona jurídica «no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo legislador, en el Preámbulo de la Ley 1 /2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo»; en esa misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 señala que «en las que el hecho de uno se trasfiere a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio»; mientras que la Sentencia del Tribunal Supremo 516/2016 de 13 de junio, apuntando al sistema de autorresponsabilidad señala que las «personas física y jurídica, responden por su propia responsabilidad».

¹¹¹ Vid. SANTELICES, W., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Modelos de autorresponsabilidad», *Revista Novedades Jurídicas*, núm. 119, 2016, pp. 6-19.

¹¹² Entre los varios análisis del trabajo de Luhmann en idioma español, véase, entre otros, URTEAGA, E., «La teoría de sistemas de Niklas Luhmann», *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía* vol. XV, 2010, pp. 301-317; HERNÁNDEZ ARTEAGA, L., «La teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann en México. Una aproximación», *Perspectivas Internacionales* vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 101-136.

¹¹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoorganización empresarial y», cit., p. 5.

atribución primaria de responsabilidad penal a la persona física—. Así, sostiene GÓMEZ-JARA, que con este modelo se puede dar una mejor respuestas a los problemas que plantea la delincuencia organizada cometida a través de estructuras empresariales; superar los problemas que los modelos por heterorresponsabilidad presentan al momento de caracterizar la culpabilidad empresarial así como la dificultad de atribuir sus causas de exclusión; mejor anclaje con categorías o parámetros modernos del derecho penal, así como mejor anclaje con el significado comunicativo moderno de la pena; y finalmente, contribuiría a estimular en las empresas, el ejercicio de la fidelidad al Derecho, favoreciendo la autorregulación y la cultura de cumplimiento¹¹⁴.

Bajo este modelo se plantea la posibilidad de delimitar la capacidad de acción e imputabilidad de las personas jurídicas que no desarrollen cierta complejidad interna. Así, quedarían fuera del sistema de RPPJ las sociedades pantallas o fantasmas a quienes se les deberá atribuir el sistema de consecuencias accesorias¹¹⁵. Esto porque, precisamente, el injusto de la persona jurídica radica en su defectuosa organización que como consecuencia provoque riesgos superiores al permitido¹¹⁶. Bajo estas consideraciones, el modelo constructivista a decir de su defensor se fundamenta en *«la estrecha relación entre los conceptos de culpabilidad y pena, en el sentido que la culpabilidad, tanto en el Derecho penal empresarial como en el Derecho penal individual, se fundamenta en una determinada concepción de la conocida prevención general positiva – en concreto: en la retribución comunicativa –. Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la función de contribuir – en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación – al restablecimiento comunicativo de la norma, derivándose como prestación el reforzar la fidelidad al Derecho. De esta manera, la intensa y actual discusión que existe en el Derecho penal individual en torno a la relación que se establece entre culpabilidad y pena se extiende igualmente al Derecho penal empresarial, con el consiguiente beneficio – al menos conceptual – que supone poder hacer compatible una discusión del “núcleo duro” del Derecho penal moderno con la responsabilidad penal empresarial»*¹¹⁷.

5.2.3.- El sub modelo de autorresponsabilidad por el «hecho de referencia o conexión»

¹¹⁴ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autorganización empresarial y», cit., p. 22 y ss.

¹¹⁵ En el caso de España, esta situación se encuentra avalada a nivel de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo. NEIRA PENA, A., «Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas: comentario del Auto de 11 de octubre de 2011 de Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN», *Diario La Ley*, núm. 7768, 2012.

¹¹⁶ Vid. SANTELICES, W., «La responsabilidad penal», cit. p. 15.

¹¹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un resumen», disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/16022287.pdf>

Con fundamento en la culpabilidad por defecto de organización, es conocido también como modelo de autorresponsabilidad por el hecho de conexión. Parte de la idea que la conducta o acción de la persona física es la misma de la jurídica, pero siempre que se verifiquen los criterios normativos de imputación¹¹⁸, los que básicamente quedan recogidos en: a) la existencia o calidad de una persona natural de su seno, b) la inobservancia de los deberes de cuidado, y c) que la actuación de esa persona natural sea encaminada a beneficiar a la entidad.

Este modelo es criticado por presentar visos de una posible responsabilidad objetiva o vicarial de la persona jurídica por el actuar de la persona física. No obstante, por ahora se dejará advertido que, en la medida que este sub-modelo se funde en la imperiosa necesidad de ese «*hecho de referencia*», conforme al modelo defendido por TIEDEMAN, las críticas tendrían mayor asidero; empero, en la medida que únicamente, ese «*hecho de conexión o referencia*» sea considerado presupuesto de imputación y no de fundamento de RPPJ, es perfectamente encajable en modelos de autorresponsabilidad.

5.3.- El modelo mixto o de doble imputación

Acuñado desde posiciones eclécticas¹¹⁹, infiere una especie de responsabilidad vicarial por un lado, y autorresponsabilidad por otro. El primer caso se presenta ante el actuar penal de los representantes legales, los autorizados para tomar decisiones o los que ostentan facultades para organizar y ejercer control dentro de una persona jurídica¹²⁰, es decir, aquellos que de alguna manera ejercen influencia dentro del ente. En el segundo caso, el de autorresponsabilidad por defecto de organización, cuando los delitos para beneficio de la persona jurídica han sido cometidos en incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de aquellos. En esta clase de modelos se conjugan una especie de dos responsabilidades, en donde la responsabilidad de la persona jurídica pende del actuar delictivo de la persona natural que actúa en su nombre y para su beneficio, es decir, no se está ante la presencia de una responsabilidad autónoma de la empresa sino condicionada por personas naturales¹²¹, se trata de una «*fórmula intermedia*»¹²² que une dos modelos distintos, el vicarial o transferencia y el de culpabilidad propia de la persona jurídica o autorresponsabilidad.

¹¹⁸ Vid. SANTELICES, W., «La responsabilidad penal», cit., pp. 15-16.

¹¹⁹ Como la de PÉREZ MACHÍO, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Comares, Granada, 2017.

¹²⁰ Vid. RODRIGUEZ ALMIRÓN, F., «La responsabilidad penal», cit., p. 4.

¹²¹ Cfr. DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de», cit., p. 22; y, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

¹²² DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de», cit., p. 22.

A nivel del Derecho comparado, en España, tanto en la primera regulación incorporada a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio, cuanto en la reforma incorporada por LO 1/2015 de 30 de marzo, se desprende, a decir de algún sector de la doctrina, un sistema mixto¹²³, como se advirtió *supra*. En efecto, pese a los esfuerzos por dilucidar este debate en la última reforma, y aunque ésta sea sustancial, hay quienes sostienen que la duda no ha sido despejada¹²⁴ en el sentido de que por un lado, se sigue manteniendo una especie de modelo mixto de imputación penal o de doble imputación¹²⁵.

5.4- ¿Cuál es el modelo de imputación penal de las personas jurídicas en Ecuador?

Ecuador no ha escapado a los cuestionamientos respecto del modelo de imputación atribuible a las personas jurídicas. Y aunque el debate no es intenso ni contundente como en otros lares, refleja posturas doctrinales contrarias y hasta escépticas, las que aún no han podido enrumbar de modo claro el panorama ni el debate dogmático de la RPPJ, y de ello ha hecho sombra la nula jurisprudencia¹²⁶.

Como se indicó *supra*, Ecuador está llamado a sustentar constitucionalmente la punición a las personas sujetas a su jurisdicción penal en base al principio de culpabilidad. En tal sentido, ha de advertirse que los postulados y garantías de ese principio les son aplicables también a las personas jurídicas, por lo tanto, el modelo de atribución de RPPJ ha de adaptarse al sistema penal ecuatoriano cuya piedra angular, como se dijo, es el principio de culpabilidad. De ahí que, el legislador ecuatoriano al incorporar la RPPJ, tácitamente incorporó también a su favor un trato penal garantista.

En la advertencia indicada, hay quienes sostienen que en Ecuador conforme a la redacción del art. 49 del COIP, el modelo de imputación es el de transferencia o vicarial de

¹²³ Entre otros autores, véase a DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», *Diario La Ley*, núm. 7670, 2011, pp. 1-12; MORENO ARIAS, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal*, A. Sanz Morán (tut.), Tesis de Grado en Derecho, Universidad de Valladolid, 2015. En igual sentido, sobre el sistema de imputación mixto adoptado por España, se sostiene que con la introducción por primera vez de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español, se parte del modelo de la heterorresponsabilidad y se encamina hacia la autorresponsabilidad, GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «Responsabilidad penal», cit., p. 65; MARTÍNEZ PARDO, V., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista internauta de práctica jurídica*, núm. 26, 2011, pp. 69 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, 4ta Ed., 2010.

¹²⁴ En este sentido véase a RODRIGUEZ ALMIRÓN, F., «La responsabilidad penal» cit., p.3.

¹²⁵ IBIDEM.

¹²⁶ Hasta la fecha de elaboración de este trabajo, en Ecuador no existe auto resolutorio, sentencia de primera o segunda instancia, ni sentencia de Casación, Revisión o Constitucional que se pronuncie respecto al menos de aspiraciones del modelo de imputación de RPPJ.

responsabilidad por el hecho ajeno¹²⁷, o atribución del delito por el hecho ajeno¹²⁸; otros, en cambio, apuntan a inclinarse por un sistema de autorresponsabilidad¹²⁹; aunque también se sostiene bajo argumentos constitucionales, que se trata de «*un tipo penal en la Parte General del COIP en el que describe la conducta prohibida como organización empresarial defectuosa*»¹³⁰; de forma más cauta, se sostiene que el caso ecuatoriano se trata de «*un modelo por armar*»¹³¹, o se advierte inclusive, la posibilidad de dos modelos según la óptica interpretativa ya sea literal o constitucional¹³².

Asumir que el modelo de imputación penal ecuatoriano es el vicarial, equivaldría admitir la inconstitucionalidad de la RPPJ, por ser contraria al constitucional principio de culpabilidad. De su lado, ZAMBRANO PASQUEL advierte que el legislador ecuatoriano no se ha inclinado por el sub modelo de imputación por defecto de organización conforme lo había contemplado la reforma española de 2010¹³³, sobre todo cuando fue dicha reforma la inspiradora de la regulación ecuatoriana. También, se sostiene que con la regulación de los arts. 49 y 50 del COIP, se vislumbra un modelo contrario al de heterorresponsabilidad o vicarial, y que en tal sentido, para viabilizar el juzgamiento de la persona jurídica ha de entenderse que el modelo que adopta la legislación penal ecuatoriana es el «*modelo de autorresponsabilidad*»¹³⁴.

La escasa discusión doctrinal no unifica criterios, pero sí encuentra sustento para sus teorizaciones en uno u otro sentido en la propia regulación contenida en los dos artículos que regulan en Ecuador la RPPJ. En efecto, en un sentido literal el art. 49 deja prever la posibilidad, por un lado, de un modelo vicario cuando atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas de derecho privado nacionales o extranjeras «*por la acción u omisión de quienes ejercen*»¹³⁵. Lo que denotaría para cierta parte de la doctrina, la intención primaria del legislador por atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal de las personas físicas (RPPF) mencionadas en el primer inciso del citado artículo. Luego, en la parte final del inciso

¹²⁷ Vid. LASSO MONTENEGRO, C., *El modelo de atribución de responsabilidad penal en las Personas Jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano*, M. Pacheco (tut.), Tesis de Grado en Derecho, Universidad Central del Ecuador, 2016.

¹²⁸ Vid. ACUÑA SACOTTO, D., *Imputabilidad de las personas jurídicas en el Ecuador: naturaleza penal de las consecuencias accesorias*, E. Morales Morales (dir.), Tesis de Grado en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016.

¹²⁹ Vid. SANTELICES, W., «La responsabilidad penal», cit., p. 13.

¹³⁰ ZAVALA EGAS, J., «Responsabilidad penal de», cit. pp. 87-91.

¹³¹ ZAMBRANO PASQUEL, A., «Derecho Penal Parte», cit., p. 369.

¹³² En este sentido, se advierte desde una interpretación literal se estaría frente al modelo vicarial o por transferencia, y desde una interpretación constitucional el modelo sería el de autorresponsabilidad. Cfr. VILLARREAL VALAREZO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de defraudación tributaria*, M. Carabajo Rivas (tut.), Tesis de Grado, Universidad Central del Ecuador, 2016.

¹³³ Vid. «Derecho penal», cit., p. 369; para este autor, con la introducción en el CP de la RPPJ, España adopta el modelo de imputación por defecto de organización.

¹³⁴ SANTELICES, W., «La responsabilidad penal», cit., p. 13.

¹³⁵ Las personas naturales por las que una corporación responde vía RPPJ en Ecuador, son conforme al inciso primero del art. 49: «*su propiedad o quienes ejerzan esas funciones; quienes ejerzan el control; sus órganos de gobierno o administración; apoderadas o apoderados; mandatarias o mandatarios; representantes legales o convencionales; agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados; terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión; ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión*».

primero, el legislador ha dicho también que las personas jurídicas responden a título de RPPJ por las acciones u omisiones de los que «*actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas*»¹³⁶. Esta referencia regulatoria ubica ante una posible «*organización defectuosa*»¹³⁷ en el sentido de que se advierte en ella, bajo fundamentos políticos criminales, la presencia de una responsabilidad empresarial. Después, en el segundo inciso, al establecer que la RPPJ es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales, refuerza la idea de la pretendida autorresponsabilidad.

Lo advertido da margen a una triple consideración. Por un lado, que conforme al primer inciso, se esté frente a un modelo de imputación por heterorresponsabilidad o transferencia, en la medida que la RPPJ identificadas en la primera parte del art. 49 y de las que cumplen funciones de administración, dirección y supervisión, se trasfiere a la jurídica. Por otro lado, la independencia advertida en el segundo inciso (art. 49) sumado a las previsiones del art. 50, da sustento a un modelo por autorresponsabilidad; aunque también este segundo modelo puede advertirse de una contextualización de los dos incisos (primero y segundo del art. 49), si pese a lo literal del texto «*por la acción u omisión de quienes ejercen*», zanjada la discusión de la conducta generadora del delito, el legislador considere como presupuesto y no como fundamento de RPPJ, el «*hecho generador*» de la infracción¹³⁸. Finalmente, la advertida combinación puede ubicar ante una tercera posibilidad, la de un eventual modelo mixto de imputación, esto es, por transferencia en la primera parte del primer inciso, y de autorresponsabilidad por defectuosa organización en la parte final del mismo inciso sumado al segundo inciso del art. 49 y al 50 del COIP.

Si se admite la posibilidad de que se trata de un modelo mixto o de un modelo por autorresponsabilidad, y si además en este segundo caso específico, se pretende concebir que esa autorresponsabilidad tiene fundamento punitivo en un defecto de organización, los programas de cumplimiento juegan un rol crucial, sin embargo, no se observa alusión expresa a éstos ni en las regulaciones penales sustantiva y adjetiva.

¹³⁶ Se refiere a las catalogadas *supra*, consideradas como el *alter ego* de las personas jurídicas.

¹³⁷ Así, en sentido contrario a la tesis de la heterorresponsabilidad que niega la presencia de un comportamiento propio de la persona jurídica, se sostiene que «*Cuando el legislador enuncia con el texto el presupuesto de la comisión de un delito "por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas (...)" Sin embargo, es obvio que esta relación de "órdenes" y la existencia de labores de "administración, dirección y supervisión" sólo se puede producir en una organización que se encuentra estructurada bajo el principio de jerarquía (verticalmente), así como el principio de competencia (horizontalmente) y, en tanto permite la producción de un delito, se trata de una que debe ser calificada como "defectuosa". Luego, no es verdad que el legislador no describa un hecho propio atribuible en forma directa a la persona jurídica*», ZAVALA EGAS, J., «Responsabilidad penal de», cit., p 85.

¹³⁸ Lo que bien puede complementarse con lo descrito la última parte del primer párrafo, y en el segundo párrafo que establece la independencia entre RPPJ y responsabilidad penal de la persona natural (art. 49 COIP).

El análisis realizado permite concluir que el modelo de imputación penal sugiere un debate muy serio que se proyecta en dos direcciones:

- a) Se puede observar en la regulación del art. 49 similitudes a la que existía en la redacción de 2010 del art. 31 bis del CP de España. Claro está que el art. 49 vislumbra la denominada «*responsabilidad de primera línea*» que involucra, por un lado, solamente a las personas físicas enunciadas en la primera parte del primer inciso; y por otro, en la parte final, involucra a personas sometidas a la autoridad de quienes ostentando tales calidades –de la primera línea– no hayan observado control sobre aquéllas. Esto, permite asumir una primera hipótesis, en el sentido que se puede estar ante la presencia de un modelo mixto de imputación.
- b) De su parte, lo expuesto en la letra a), permite también sostener que se estaría ante la presencia de un modelo de atribución por transferencia, pero también ante un modelo por autorresponsabilidad, éste segundo compatible con el principio de culpabilidad que rige el sistema penal ecuatoriano, no así el primero que a todas luces resulta cuestionable.
- c) O será acaso que es tiempo de apartarse de encasillamientos en los tradicionales modelos, que podrían estar en su ocaso¹³⁹, y comenzar, a nivel jurisprudencial interno, a construir un modelo acorde a la realidad jurídico-penal ecuatoriana, eso sí, observando la vigencia de los principios informadores del Derecho penal local y convencional.

De ahí que, se debe profundizar tanto la viabilidad o inviabilidad del modelo acorde a los postulados de la teoría del delito ecuatoriana y, posteriormente, su viabilidad procesal. La primera cuestión se abordará en los posteriores epígrafes; la segunda, en el Capítulo Tercero de este trabajo.

La postura que por ahora se asume, y en consonancia tanto con las necesidades punitivas cuanto con las garantías fundamentales del sistema penal ecuatoriano, es que el modelo de imputación que debe sustentar la punición de la RPPJ en Ecuador, debe adscribirse a los postulados de los modelos de responsabilidad propia o autorresponsabilidad.

¹³⁹ Al respecto, un actual e interesante trabajo véase en, MORENO-PIEDRAHÍTA, C., «El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el jurisprudencia y doctrina españolas», *Política Criminal*, vol. 14, núm. 28, 2019, pp. 323-364.

II. Requisitos y presupuestos regulatorios de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica

1.- Planteamiento

La RPPJ ha generado cierto escepticismo en la doctrina local que tíbicamente se aproxima a debatir cuestiones dogmáticas sobre la materia. Si la aproximación doctrinaria ha sido tibia, inexistente es aún la construcción jurisprudencial. Ambas situaciones en su conjunto, conspiran para el escaso debate profundo local de la RPPJ. En efecto, existen muchas cuestiones dogmáticas sustantivas de RPPJ que a estas alturas aún se encuentran sin clarificar y sin que la doctrina ni la jurisprudencia se pronuncien con fundamento. En el panorama advertido y con las limitaciones que ello implica, corresponde en este epígrafe reflexionar la construcción dogmática que encierra el sistema de RPPJ ecuatoriano dentro de sus límites normativos y constitucionales.

Así, requisitos formales como la personalidad jurídica y la participación de empresas pantallas o fantasmas, *numerus clausus*; presupuestos de imputación como el hecho de referencia y las vías o líneas de imputación, beneficio directo e indirecto; y fundamento de la RPPJ; serán abordados en este epígrafe con el auxilio de métodos como el comparativo, analítico, dogmático, sistemático, entre otros. El objetivo de este epígrafe partiendo del análisis normativo del art. 49 del COIP, va encaminado a determinar los límites regulatorios y las posibilidades interpretativas de los temas que en él se aborden, de cara a establecer la viabilidad regulatoria o en su defecto los problemas dogmáticos que ella presenta, para a partir de allí, ir sugiriendo algunas posibilidades regulatorias de *lege ferenda*.

2.- Requisitos formales

El art. 49 del COIP establece como requisitos formales, la personalidad jurídica; la sujeción al régimen de Derecho privado y nacionalidad; y, el sistema de imputación cerrado de delitos o *numerus clausus*. A continuación brevemente se analizan cada uno de estos requisitos.

2.1.- La personalidad jurídica

De la lectura del art. 49, se desprende que únicamente las entidades con personalidad jurídica son imputables. Esto ubica al discurso ante la necesidad de reflexionar primero, respecto de

los términos «*persona jurídica y personalidad jurídica*» de cara a dejar sentada su diferencia para los efectos penales; y, segundo, respecto de la participación de los entes sin personalidad jurídica y de las sociedades pantalla o fantasmas.

2.1.1.- Persona jurídica y personalidad jurídica

En Ecuador, el Código Civil (CC) clasifica a las personas en naturales y jurídicas y, asimila el término «*personalidad jurídica*» como sinónimo de persona jurídica. Esto se deduce del propio texto del art. 40 que señala que «*Las personas son naturales o jurídicas. De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el Título final de este Libro*»; luego, el último Título del Libro Primero regula, precisamente, a las personas jurídicas. Por lo tanto, al tenor literal del citado texto legal la «*personalidad jurídica*» es concebida como sinónimo de persona jurídica, aunque en un análisis sistemático del propio CC, se puede advertir que se trata de dos cuestiones totalmente diferentes, es decir, la «*personalidad jurídica*» es atributo de la persona jurídica y ésta a su vez una manifestación de la primera.

Pero no sólo el CC sinonimia el uso de los términos persona jurídica y «*personalidad jurídica*», la CRE también lo hace para referirse a las personas jurídicas como aquellas que tienen personalidad jurídica. Esto lleva a concluir que el constituyente ecuatoriano ha empleado el término «*personalidad jurídica*» para referirse exclusivamente a los entes colectivos o personas jurídicas.

En sede convencional regional, el empleo indiferente de estos términos ha sido abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al punto de llegar a aclarar en la Opinión Consultiva OC-22/16, que «*la referencia que se haga en este texto al término “persona jurídica” no debe confundirse con el “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica” consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*»¹⁴⁰.

En definitiva, pese a que la ley, la CRE y la CIDH empleen los términos persona jurídica y personalidad jurídica en ocasiones como sinónimos, sin embargo, es necesario para el análisis de la RPPJ que se los entienda en su sentido propio, es decir, a la «*personalidad jurídica*» como atributo pero no como la propia persona jurídica. De ahí que, sea ese atributo,

¹⁴⁰ Opinión Consultiva OC-22/16, cit., p.12.

el que da sustento a su responsabilidad penal, y a la vez permitirá diferenciar a la persona jurídica de otros entes sin personalidad a quienes no les afecta el sistema de RPPJ.

2.1.2.- Los entes sin personalidad jurídica y las sociedades pantalla

A los entes sin personalidad jurídica en Ecuador no les es aplicable el régimen de RPPJ, toda vez que, como se indicó *supra*, no poseen el reconocimiento del atributo «*personalidad jurídica*». Sin embargo, ello no quiere decir que se encuentren al margen del Derecho penal, y aunque si bien es cierto, no se ha regulado en Ecuador un sistema propio de consecuencias accesorias como tiene España en el art. 129 del CP, sí pueden encontrarse sanciones puntuales como por ejemplo, en el caso del art. 298 del COIP¹⁴¹.

Respecto de las sociedades pantallas o fantasmas, existe también un sistema puntual de consecuencias accesorias directamente regulados en algunos tipos como por ejemplo, nuevamente, en el caso del delito de defraudación tributaria del art. 298 del COIP, que en el numeral 20 prevé la utilización de personas jurídicas fantasmas o supuestas para la comisión de este delito y para quienes se establece como sanción la extinción y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general (SBU). En el lavado de activos, además de la RPPJ advertida en el art. 325, el art. 319 último inciso contempla la posibilidad de sancionar con *multa del duplo del monto lavado, comiso penal, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para lavar activos*. Otro caso se puede observar en el delito de financiación del terrorismo del art. 367.2 inciso segundo del COIP, que prevé la extinción de la persona jurídica creada o utilizada para cometer este delito.

En los casos advertidos –a mi juicio–, no se activaría el sistema de RPPJ con todo el consecuente sistema garantista procesal, sino que, directamente se aplicaría las penas indicadas en los tipos contra esta clase de personas jurídicas a título de consecuencias accesorias. Esto, ubica en la necesidad de reflexionar por una parte, cuándo se está ante una persona jurídica pantalla o fantasma y, por otra, cuándo se está ante una persona jurídica fuera de esos casos; y por ende, en la necesidad de reflexionar también el justificativo para que a las personas jurídicas fantasmas o pantalla no les sea aplicable el sistema de RPPJ ecuatoriano.

En ese objetivo, la doctrina se ha pronunciado que se está ante una sociedad pantalla – persona jurídica– cuando son entidades meramente instrumentales que no tienen ningún tipo

¹⁴¹ Es de mi parecer, que en el delito de defraudación tributaria, puede preverse esta situación en el párrafo siete a continuación del numeral 20 del art. 298 del COIP.

de actividad lícita pero que su única finalidad es la comisión de delitos¹⁴², es decir, cuando habiéndose constituido de forma lícita su actividad ilícita sea totalitaria. En el Derecho comparado español, esta clase de entidades conforme a lo señalado por el Tribunal Supremo, son inimputables conforme al sistema de RPPJ¹⁴³, debiendo imponérseles las sanciones indicadas en el art. 129 CP a título de consecuencias accesorias. Frente a estas entidades, existen otras consideradas también pantalla que teniendo márgenes significativos de actividad ilícita, presentan también algún porcentaje de actividad lícita; éstas entidades han sido consideradas imputables a título de RPPJ¹⁴⁴.

En Ecuador, en principio, la situación –a mi juicio– no presenta complejidad, en la medida que en los casos que se ha regulado puntualmente la sanción para esta clase de entidades, se lo ha hecho bajo la advertencia expresa de entidades «*creadas*» para la comisión de los respectivos delitos, es decir, cuya actividad sea únicamente ilícita como en el caso del delito de lavado de activos (art. 319) y del delito de financiación del terrorismo (art. 367.2). Empero, luego podría presentarse la incertidumbre cuando el legislador ha establecido el término «*utilizada*», como en el caso del delito de defraudación tributaria (art. 298.20) y el advertido delito de financiación del terrorismo. No obstante, en estos dos casos, cuando una persona jurídica pantalla sea utilizada sin importar si tiene actividad lícita aunque sea minoritaria o inclusive en buena parte, conforme a la regulación penal ecuatoriana son inimputables al amparo del sistema de RPPJ, imponiéndoseles directamente las consecuencias accesorias advertidas en los respectivos tipos penales cuando se verifique la RPPF que las instrumentalizan.

De su parte, existen otras situaciones como el caso del delito de defraudación aduanera, en el que se contempla la posibilidad de que sea cometido por una persona *natural o jurídica*; en cuyo caso, por cuanto este delito no forma parte de esos *supuestos previstos* en el COIP, la persona jurídica que participe en la conducta descrita en este tipo penal resulta inimputable penalmente al amparo del sistema de RPPJ, debiendo aplicarse la sanción de «*multa de*

¹⁴² Vid. PORCEL GOMILA, J., «Las sociedades pantalla y el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de la STS 154/2016, de 29 de febrero», disponible en: <https://responsabilidadpenalpersonajuridica.wordpress.com/2016/03/21/las-sociedades-pantalla-y-el-regimen-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-a-la-luz-de-la-sts-1542016-de-29-de-febrero/>

¹⁴³ STS 154/2016, de 29 de febrero.

¹⁴⁴ Véase al respecto, la alusión al art. 66 bis 2 del CP que realiza el juzgador en el Auto de Audiencia Nacional AAN 359/2014, de 19 de mayo. En esta misma línea, la Circular de la FGE-E ha establecido una diferenciación en el siguiente sentido: «*Aquellas sociedades penalmente imputables que operan de forma lícita en el mercado y a las que son de aplicación las disposiciones relativas a los modelos de organización y gestión recogidos en los apartados 2 a 5 del artículo 31 bis CP*»; Aquellas sociedades que desarrollan una actividad económica, en su mayor parte ilegal, y que se las utilizan instrumentalmente para cometer delitos, de acuerdo con el artículo 66 bis CP, quedan sometidas al régimen de RPPJ y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables; de otro lado, aquellas sociedades utilizadas para la comisión de hechos delictivos, sin ninguna otra clase de actividad legal o meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, tienen la consideración de personas jurídicas inimputables, por lo que no, están sujetas al régimen de RPPJ, FGE, Circular 1/2016, cit., p. 28.

hasta diez veces el valor de los tributos que se pretendió evadir» (art. 299 COIP), como consecuencia accesoria cuando se verifique la RPPJ que desde el seno de una jurídica cometa la infracción.

Como se puede observar, el mensaje que el legislador ha dado a las entidades persona jurídicas es contundente, la sanción es directa por el simple hecho de ser instrumentalizadas, es decir, «*creadas o utilizadas*» por personas naturales o físicas en esta clase de delitos.

2.2.- Régimen de Derecho privado y nacionalidad

El legislador ecuatoriano se ha decantado por atribuir RPPJ únicamente a las personas jurídicas de Derecho privado, dejando fuera a las de Derecho público. Esta decisión merece una breve reflexión que se proyecta en dos direcciones. Por un lado, respecto de generalidad de personas jurídicas de Derecho privado; y, por otro, respecto de la exclusión del sistema de RPPJ a las personas jurídicas de derecho público empresas mercantiles públicas.

Así, de una primera interpretación literal, ha de asumirse que a todas las personas jurídicas de Derecho privado con o sin fines de lucro, les es aplicable el sistema de RPPJ con las excepciones advertidas de las entidades instrumentalizadas. Luego, corresponderá hacer un rastreo en todo el sistema jurídico ecuatoriano para efectos de ubicar el marco normativo extrapenal, de cara a acreditar la calidad de persona jurídica de Derecho privado. Entre las personas jurídicas de Derecho privado constan los clubes y sociedades deportivas (Ley del Deporte); las corporaciones y fundaciones sin fines de lucro (CC y Reglamento para el Otorgamiento de Personalidad Jurídica a las Organizaciones Sociales); las compañías o sociedades mercantiles e industriales (CC, Ley de Compañías –LC– , Código de Comercio); las Organizaciones de Economía Popular y Solidaria (Ley de Economía Popular y Solidaria); los gremios, asociaciones y los colegios profesionales, en la medida que estén constituidos como persona jurídica de Derecho privado; las entidades del ámbito bursátil y financiero; ONG de Derecho privado sin fines de lucro; los fideicomisos mercantiles; las sociedades por acciones simplificadas; los consorcios regulados en el Código de Comercio; entre otras relacionadas con determinadas actividades específicas.

Esta generalización, en la práctica, indudablemente, implica en el caso ecuatoriano un mensaje expreso a las entidades del sector privado, en el sentido de que todas pueden ser objeto de RPPJ si cometen un delito atribuible; o en su defecto, un mensaje implícito, que en caso de no ser personas jurídicas, o de ser sociedades fantasmas o pantallas, y de participar en la comisión de ciertos delitos indicados en la Parte Especial del COIP, pueden ser

considerados meros sujetos de atribución de sanciones penales sin observarse, por ende, a su favor, el sistema garantista observable en la RPPJ.

Por otra parte, la regulación deja por fuera a las personas jurídicas de derecho público dentro de las que se incluyen las empresas públicas mercantiles sujetas a la Ley Orgánica de Empresa Pública (LOEP¹⁴⁵). De ahí que, uno de los cuestionamientos de la no punibilidad de ciertas empresas públicas mercantiles, ubica el debate ante la posibilidad de estar frente a un Derecho penal de autor¹⁴⁶, en el sentido de que se responsabilice sólo a un tipo de personas jurídica y a otras no.

Las empresas públicas, dado la actividad que desarrollan en sectores estratégicos de la economía del país, son susceptibles como cualquier otra, de verse involucradas en la comisión de delitos, siendo necesario por motivos de política criminal su responsabilidad penal. Esta situación merece reflexión puntual de cara a entender los motivos y las posibles consecuencias de la no imputabilidad de empresas públicas mercantiles. Así, por un lado, es muy probable que se trate de una omisión acarreada a su vez, o por el limitado estudio político criminal previo, como ha quedado advertido oportunamente, o por la influyente regulación española del anterior art. 31 bis.5 del CP¹⁴⁷ que las excluía. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) en un intento de justificar la no punición de esta clase de personas, con argumentos más formales que de fondo y haciendo una especie de cotejo entre las personas jurídicas de derecho privado y las de derecho público, se ha pronunciado en el sentido de que «*entre las personas jurídicas privadas y las personas jurídicas públicas, las*

¹⁴⁵ Pese a que a raíz de los escándalos de Odebrecht, ocurridos en los últimos tiempos en Ecuador se involucran a varias empresas públicas sujetas a la LOEP, hasta ahora el legislador no se ha pronunciado respecto de la posibilidad de responsabilizar penalmente a determinadas empresas de esta naturaleza.

¹⁴⁶ Al respecto el autor realiza tres observaciones críticas: a) no sólo las personas jurídicas de derecho privado pueden delinquir, así como tampoco lo hacen sólo los particulares, como personas físicas, en tal sentido realiza un parangón entre las probabilidades de delinquir que respecto de los delitos contra la administración pública (polución por ejemplo), tienen las personas jurídicas de derecho privado como las empresas públicas. En tal evento recomienda que así como la cuestión referente al funcionario público –persona física– se resuelve por medio del régimen de delitos especiales o propios, se haga lo mismo para el caso de las personas jurídicas públicas; y b) el peligro de definir que entraña al definir desde un punto de vista formal esa responsabilidad penal restringida a las personas jurídicas de derecho privado, en cuyo caso por aplicación de las reglas del Código Civil, podrían quedar fuera de punición empresas informales o carentes de personalidad jurídica. Respecto de estos dos razonamientos, a decir del autor, se corre el riesgo de que por una parte, se incentive la clandestinidad de la actuación de una persona jurídica, y por otra parte, se promueva un tratamiento desigual en perjuicio de la persona jurídica que cumple y observa las regulaciones, aseverando inclusive que en estas circunstancias se estaría frente a un *derecho penal del autor*, BUSATO, P., «Brasil. La responsabilidad penal de personas jurídicas y la opción del proyecto de nuevo código penal brasileño», en AA.VV., J.M Zugaldía Espinar; E.B. Marín de Espinosa Ceballos (dirs.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 51-85.

¹⁴⁷ En efecto, la primera regulación española de la RPPJ de 2010, deja fuera a todas las personas jurídicas de derecho público conforme lo señalaba el anterior art. 31 bis 5; sin embargo, conforme a la regulación actual, el artículo 31 quinquies, advierte que el sistema penal de RPPJ no se aplica al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas; pero sí para el caso de sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a quienes solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Finalmente, el legislador español en la citada norma ha dejado indicado que dicha limitación no se aplica cuando el juez o tribunal penal se dé cuenta que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes para eludir una eventual responsabilidad penal.

diferencias son más relevantes que las similitudes, lo cual, precisamente, determina el trato diferenciado al momento que el legislador estableció la responsabilidad penal, en tanto, en el caso de las primeras, dada su naturaleza y objeto –antes descritos– estas pueden ser constituidas o utilizadas con el objeto de perpetrar una infracción; a diferencia de las de derecho de público, en la que, es un funcionario público el que en ejercicio de sus funciones dentro de la institución, puede incurrir en el cometimiento de una infracción y sobre quien recae la responsabilidad penal. De ahí que, el hecho que la persona jurídica de derecho público no sea objeto de sanción penal, no implica eximir de responsabilidad penal o ausencia de sanción al servidor o servidora que incurra en la conducta típica descrita como infracción por la ley penal»¹⁴⁸.

Luego, en referencia únicamente a ciertas personas jurídicas de Derecho público instituciones del Estado, como argumentos para no responsabilizarlas penalmente, la CC ha señalado que *«el hecho que quien ostenta el ejercicio de la potestad punitiva es el Estado ecuatoriano, y la ejerce a través de sus órganos de naturaleza pública, fiscalía y judicaturas, principalmente»¹⁴⁹*, para con ello advertir que, en estos casos, el Estado sería *juez y parte*. Además, por otras razones como incompatibilidad de penas, acto de creación mediante norma de derecho público, son los motivos por lo que la CCE considera que *«no aparece como adecuado que su acto de extinción sea la comisión de una infracción por parte de los servidores o servidoras que ejercen su representación, o en general, realizan actos en uso de sus funciones»¹⁵⁰*.

Aunque la argumentación a la que llega la CCE parte de una demanda de inconstitucionalidad del art. 49, en la que, en lo medular, se argumentaba que *«el COIP comete un grave error de omisión al establecer que la responsabilidad penal es para las personas jurídicas privada; la pregunta surge espontánea porque se excluyó la responsabilidad penal de las personas jurídicas pública (...) es importante que se agregue la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas y adicionalmente que se establezca con precisión y en el mismo cuerpo de leyes COIP la sanción correspondiente para dar cumplimiento a la Reserva de Ley contemplada en el artículo 132. (...) descargar o excluir la responsabilidad de las personas jurídicas públicas provoca una anomia esencialmente inconstitucional»¹⁵¹*, sin que el accionante haga diferenciación entre personas jurídicas de Derecho público instituciones o agencias del Estado y sociedades o empresas públicas mercantiles sujetas a la LOEP. Sin embargo, la Corte en la misma medida que empleó a las personas jurídicas de Derecho

¹⁴⁸ Sentencia N° 001-18-SIN-CC.

¹⁴⁹ IBIDEM.

¹⁵⁰ IBIDEM.

¹⁵¹ IBIDEM.

privado a efectos de parangonar responsabilidades con las de Derecho público, debió hacerlo con las empresas públicas, y de esa manera brindar argumentos que por un lado permita justificar o entender la exclusión de responsabilidad de esta clase de entes; y, por otro, permita contemplar la posibilidad o no de una futura responsabilidad penal. Esto último, porque tal como está la situación en la actualidad, puede generar sensaciones de impunidad si en el seno de una empresa mercantil pública ecuatoriana o extranjera con actividad minera en Ecuador, por ejemplo, producto de sus actividades contamine el aire, el suelo o el agua, luego no se pueda determinar a la persona física responsable de la infracción¹⁵² para sancionarla; rayando en la posible impunidad penal tanto de ésta cuanto de la persona jurídica beneficiada por el delito, dejando a su vez, sin protección penal a bienes jurídicos que como la naturaleza son muy sensibles.

En una mirada al Derecho comparado, de los países que regulan en la región hispanoamericana la RPPJ¹⁵³, por ahora sólo Ecuador asoma como huérfano de responsabilizar penalmente a empresas públicas o estatales. Ello mientras que en los últimos tiempos a nivel de doctrina, se está hablando inclusive de una RPPJ de las instituciones públicas estatales¹⁵⁴, a las que se les podría sin problema alguno aplicar únicamente sanciones de multa.

Finalmente, en lo que respecta a la nacionalidad de las personas jurídicas de derecho privado, el COIP se refiere a las entidades ecuatorianas o extranjeras. En este último caso, en la medida que las reglas de jurisdicción y competencia les alcancen, y que conforme al

¹⁵² Esta situación bien puede ocurrir en las personas jurídicas, dado lo complejo de su estructura interna y funcionamiento sobre todo en las grandes y transnacionales, de ahí que, inclusive, el legislador ecuatoriano ha previsto la autonomía de responsabilidad penal en el art. 49.

¹⁵³ La responsabilidad de las empresas públicas ha sido abordada con mención expresa en varias de las regulaciones de habla hispana que han introducido la RPPJ. En efecto, en Argentina la Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos, en el art. 1 prevé la responsabilidad penal también para personas jurídicas de derecho privado con participación estatal. En Chile, la Ley núm. 20.393 en el art. 2 respecto de sus alcances, señala que «*Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las personas jurídicas de derecho privado y a las empresas del Estado*», lo que denota la preocupación del legislador chileno por la participación de las empresas públicas en la comisión de infracciones penales. Por su parte, España recién con las reformas de 2015 incorpora aunque condicionada en cuanto a las penas, la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas en el art. 31.2 quinquies, siempre que esa clase de sociedades mercantiles públicas «*ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*». México por su parte, aunque no determine expresamente la posibilidad de responsabilizar penalmente a las empresas o sociedades mercantiles públicas, sin embargo, el art. 421 del CNPP en la primera parte, sugiere la posibilidad de responsabilizar a todas las personas jurídicas sin determinar si son de derecho público o privado, excluyendo únicamente –en el párrafo segundo– a las instituciones estatales. En Perú, aunque asome como responsabilidad administrativa, sin embargo está latente la RPPJ desde el año 2018, la que conforme al art. 2 de la Ley N° 30424 y de su respectivo Reglamento, responsabiliza también a las empresas del Estado peruano, inclusive a las de economía mixta.

¹⁵⁴ Sobre esta cuestión véase, entre otros, GUTIERREZ PÉREZ, H., «Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el Public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales», *Polít. Crim.*, vol. 13, núm. 25, pp. 104-143; NEIRA PENA, A., «Colaboración público-privada como estrategia para combatir la corrupción: el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de prevención delictiva», en AA.VV., M. A. Fuentes-Loureiro, S. Rodríguez-López (coords.), L. Puente Aba (dir.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Comares, Granada, 2017, pp. 93-127.

respectivo sector del derecho privado al que pertenezca la entidad¹⁵⁵, se encuentre radicada o haya ejercido actividad al momento de la comisión delictual en Ecuador.

2.3. El sistema de imputación cerrado o *numerus clausus* y catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas en Ecuador

El COIP, a la hora de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica en el art. 49, emplea la fórmula similar a la empleada en el CP de España¹⁵⁶. Esa alusión comparativa que refiere a «*los supuestos previstos en este Código*», refleja una redacción que alerta que se está frente a un sistema de *numerus clausus* o número limitado de delitos atribuibles; advertencia que no ha pasado desapercibida por la doctrina al punto que la ha cuestionado, por un lado, por el hecho de haber dejado fuera del sistema *numerus clausus* delitos que perfectamente pueden cometerse en el seno y como resultado de la actividad de una persona jurídica al amparo de su organización defectuosa¹⁵⁷ para su beneficio; y, por otro lado, con el problema que representa la fórmula empleada por el legislador, que implica una búsqueda sistemática o rastreo, en todo el Título IV del Libro Primero del COIP.

En el primer caso y como se advirtió en el planteamiento del epígrafe anterior, al igual que en otras cuestiones de RPPJ, no se pueden encontrar justificativos o al menos fundamentación en la Exposición de Motivos que permitan una reflexión guiada respecto de la exclusión de ciertos delitos del sistema de RPPJ. Así, quedan fuera del *numerus clausus* delitos como el enriquecimiento privado no justificado (art.297), la defraudación aduanera (art. 299)¹⁵⁸, el delito de contrabando (art. 301), el mal uso de exenciones o suspensiones aduaneras (art. 302)¹⁵⁹, por ejemplo.

En el segundo caso, la técnica empleada por el legislador ecuatoriano obliga a realizar una búsqueda tipo rastreo en todos los delitos del Título IV del Libro I del COIP para advertir con precisión los delitos atribuibles. En efecto, en unos casos el legislador ha empleado una técnica puntual cuando, por ejemplo, dentro de los límites regulatorios de algún tipo penal

¹⁵⁵ Pueden pertenecer al sector deportivo, corporativo o fundacional sin fines de lucro, corporativo o societario con fines de lucro, de economía popular y solidaria, financiero privado, etc.

¹⁵⁶ En efecto, si comparamos las dos regulaciones, se observa algunas similitudes hasta en la redacción cuando por ejemplo, el CP de España señala en el art. 31 bis 1, señalaba que: «*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*». Entre tanto que el COIP en el art. 49, señala que: «*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados*».

¹⁵⁷ No se conoce la fórmula o los motivos empujados por el legislador para seleccionar los delitos imputables a las personas jurídicas a título de responsabilidad penal.

¹⁵⁸ En las reformas de 2018 publicadas en el Suplemento del Registro Oficial 107, 24-XII-2019, pese a que se incorpora que el perjuicio a la administración aduanera del art. 299 la puede realizar la persona *natural o jurídica*, sin embargo, en este caso se está no frente al sistema de imputación a título de RPPJ, sino de un caso de imposición de pena como consecuencia accesoria.

¹⁵⁹ Vid. ZAMBRANO PASQUEL, A., «Derecho Penal Parte», cit. pp. 368-369.

como el cohecho (art. 280), ha señalado la pena para la persona jurídica en caso de «*determinarse responsabilidad penal*»; situación similar se observa en el tráfico de influencia (art. 285) y el testaferrismo (art. 289), entre otros. En otros casos ha empleado una técnica un poco más amplia cuando, por ejemplo, en el caso del art. 325 que determina RPPJ para los delitos de la Sección Octava del Capítulo V, Título IV del Libro Primero del COIP. Finalmente, ha optado también por una técnica mucho más amplia cuando, por ejemplo, en un artículo independiente regula la RPPJ como el caso del art. 258 que establece esta clase de responsabilidad para todos los delitos económicos del Capítulo IV, Título IV del Libro Primero COIP.

Las críticas vertidas en España al amparo de la regulación de la RPPJ respecto del *numerus clausus*¹⁶⁰, tienen asidero también en Ecuador dado la similitud en ciertos pasajes de la redacción regulatoria en los dos países. Así, el COIP al igual que el CP español adopta un sistema de *numerus clausus* de delitos atribuibles, al punto que uno y otro emplean hasta la misma fórmula o técnica literal de redacción «*en los supuestos previstos*», lo que implica que en las dos legislaciones solamente ciertos delitos les pueden ser imputables a las personas jurídicas a título de responsabilidad penal.

2.3.1.- Infracciones atribuibles a las personas jurídicas en el Título IV del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal

Para efectos de una debida contextualización y explicación académica del sistema de RPPJ, en el Anexo de este trabajo se enlistan y se describen brevemente los delitos que desde 2014 forman parte del sistema *numerus clausus* y aquellos que en las diferentes reformas se ha ido, paulatinamente, incorporando al Catálogo.

3.- Presupuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

A diferencia de los requisitos formales, los presupuestos de imputación dan sustento material a la RPPJ. Estos presupuestos conforme se desprende de la regulación del art. 49 COIP, tienen que ver, por un lado, con la persona o personas naturales que realizan o ejecutan el delito; y, por otro lado, con las circunstancias en que el delito ha sido cometido, esto es, que se trate de un delito cometido en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y que sea en beneficio de ésta.

¹⁶⁰ Véase al respecto VARGAS O VALLE, M., *¿Numerus clausus? Crítica al sistema de incriminación de los delitos de las personas jurídicas*, Ramón Ragués i Vallès (dir.), Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2018.

3.1.- El delito de la persona natural como presupuesto de imputación

Ha de partirse concordado con FEIJOO SÁNCHEZ, que el modelo de RPPJ implantado no es una especie de delito propio de la persona jurídica¹⁶¹ que no mantenga relación con la respectiva figura delictiva de la parte especial, es decir, del catálogo de delitos atribuibles a la entidad; sino que, por el contrario, la persona jurídica será responsable en la medida que se relacione con alguno de esos delitos atribuibles, en una suerte de «conexión»¹⁶², y que en el Ecuador se observa en el art. 49 inciso primero del COIP.

Este criterio o presupuesto de imputación ha sido abordado por la doctrina como «*hecho de referencia*» o «*hecho de conexión*». Luego, si se pretende una responsabilidad por el hecho propio en respeto al principio de culpabilidad, este presupuesto no ha de entenderse como el fundamento de la RPPJ. Y es que, en la medida que este «*hecho de referencia o de conexión*» es entendido como presupuesto que forma parte del injusto y no como fundamento de la RPPJ, es perfectamente compatible con el modelo por autorresponsabilidad¹⁶³.

La regulación de la RPPJ del art. 49 evidencia la necesaria participación de una o más personas naturales individual en la generación del hecho delictual que da margen para la responsabilidad de la persona jurídica. Esta situación ubica ante lo que la doctrina denomina «*doble vía de imputación*»¹⁶⁴, la que no será entendida en los términos de doble sistema de responsabilidad de la entidad, sino como «*un sistema de doble autoría de los hechos imputables a la persona jurídica*»¹⁶⁵.

Así, en la «*primera vía*» se ubica un grupo de personas naturales individual o colectivamente consideradas que han sido catalogados de forma expresa por el legislador. Entre los individualmente considerados están aquellos que ostentan algún cargo u ocupación en la estructura de la persona jurídica o ejercen algún tipo de gestión fuera de ella pero que de algún modo están vinculados a la entidad; en este grupo se encuentran aquellas que respecto de las personas jurídicas ejerzan la propiedad o control de la entidad, los apoderados,

¹⁶¹ Quizás como sugiere algún autor ecuatoriano. Cfr. ZAVALA EGAS, J., «Responsabilidad Penal de», cit., p. 87.

¹⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Los requisitos del art. 31 bis 1», con BAJO FERNÁNDEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015*, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, pp. 75-88.

¹⁶³ En la medida que este presupuesto sea entendido en términos normativos, como la acción de la persona jurídica, y no como un supuesto de responsabilidad objetiva o vicarial. Véase con mayor profundidad sobre esta cuestión, MORENO-PIEDRAHÍTA HERNÁNDEZ, C., «El ocaso», cit. p. 326.

¹⁶⁴ Por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Los requisitos del», cit., p. 75.

¹⁶⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del proyecto de reformas del Código penal de 2009», *Diario La Ley, Sección Doctrina*, núm. 3818, 2010, pp. 1-9.

mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadores, factores, delegados, terceros que contractualmente o no mantengan algún tipo de actividad de gestión con la entidad, ejecutivos principales, quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión. Entre los colectivamente considerados están los órganos de gobierno o administración. En este caso, se ha llegado a afirmar que la persona jurídica responderá por *culpa in eligendo*, por haber elegido como sus representantes o administradores a personas que incumplen la legalidad¹⁶⁶.

La «*segunda vía*» se advierte, cuando el art. 49 generaliza en la comisión delictiva a las personas naturales que actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales que forman parte de la «*primera vía*», es decir, de las personas individual o colectivamente consideradas advertidas en el párrafo anterior. En este caso, la persona jurídica responderá por *culpa in vigilando* en la medida que ha omitido el debido control por no haber implementado mecanismos de control adecuados para evitar la comisión de delitos¹⁶⁷.

Estos dos grupos o «*doble vía de imputación*»¹⁶⁸, se vislumbran también en España en el art. 31 bis CP. En efecto, en la «*primera vía*» el legislador español ha obviado la enumeración un tanto extensa que recoge el art. 49 del COIP y en su lugar ha empleado fórmulas generales de atribución que prevé un círculo amplio de personas¹⁶⁹, en la que se ubican los representantes legales o cualquier persona individual o colectivamente considerada que esté autorizada para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostenten facultades de organización y control dentro de la entidad¹⁷⁰ (art. 31 bis.1 a) CP). Luego, la «*segunda vía*» se regula en la letra b), cuando la norma advierte RPPJ siempre que el delito haya sido cometido por algún empleado o subordinado sometido a la autoridad de las personas indicadas en la letra a), siempre que éstos incumplan gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control (art. 31 bis.1 b) CP).

3.1.1.- La situación del administrador de hecho frente a la responsabilidad penal de la persona jurídica

¹⁶⁶ COMPLIA, CORPORATE COMPLIANCE, «Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas: criterios de imputación», disponible en: <https://www.complia.es/responsabilidad-penal-de-personas-juridicas-criterios-de-imputacion>

¹⁶⁷ IBIDEM.

¹⁶⁸ Por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Los requisitos del», cit., p.84.

¹⁶⁹ Como indica, PÉREZ MACHÍO, A., «La responsabilidad penal», cit., p. 93 y ss.

¹⁷⁰ Como se puede observar, la referida técnica difiere de la enumeración taxativa, que en el caso ecuatoriano, corre el riesgo de dejar al margen a cualquier otra persona que realizando, en cierta medida, alguna gestión directa o indirecta para la persona jurídica, cometa una infracción atribuible y para beneficio de ésta, pero que por no ostentar ninguna de las denominaciones puntuales, no se podría activar el sistema de RPPJ.

En la enumeración taxativa de los sujetos que, conforme al art. 49 COIP, pueden generar el «*hecho de referencia*», asoman los administradores. Empero, la norma no puntualiza si se está refiriendo solamente a los administradores de derecho o también a los de hecho. De ahí que sea necesario, analizar la situación que para los efectos penales de la RPPJ, puede generar la actuación de los administradores de hecho no advertidos de forma expresa en el art. 49; o lo que es igual, reflexionar si ¿se puede imputar responsabilidad penal a una persona jurídica por delitos cometidos por sus administradores de hecho?

Lo advertido se ha de reflexionar partiendo de la literalidad del texto del primer inciso del art. 49. En este sentido, por un lado, la citada norma se refiere a la actividad de administración, sea que ésta se ejecute por un órgano –el de administración–, es decir, un colectivo de personas; o por personas individualmente consideradas. Por lo tanto, en principio, parece que la intención preponderante del legislador, ha sido responsabilizar penalmente a la persona jurídica por la actividad de administración que esa persona física individual o colectivamente llegue a desarrollar al margen de la legalidad y para beneficio de aquélla. De ser así, se puede afirmar *a priori*, que conforme al art. 49 del COIP, el administrador de derecho y el de hecho, pueden generar el «*hecho de referencia o conexión*» como presupuesto de imputación de la RPPJ.

Esas actividades de administración han de ser entendidas, desde un punto de vista sustantivo, como se advierte en PÉREZ MACHÍO, como actos globales o sectoriales de gobierno y dirección de una empresa¹⁷¹. Luego, queda la duda respecto de si ha de considerarse la administración de hecho, también en un sentido estricto como lo entendió la jurisprudencia española¹⁷² a propósito de la regulación de 2010. Por ahora, dado lo amplio de la redacción ecuatoriana, ha de asumirse que, generan responsabilidad penal los administradores de hecho por las actuaciones dolosas, en las que sin necesidad de ostentar legal o formalmente la administración, pero realizando actos de gobierno o control sobre la entidad administrada, la beneficien directa o indirectamente.

¹⁷¹ Vid. «La responsabilidad», cit., pp. 95 y ss.

¹⁷² En España, el TS respecto del administrador de hecho, ha indicado que: «*el debido respeto al principio de legalidad lleva a erradicar extensiones del ámbito subjetivo más allá del sentido del texto legal. No solamente del penal, que no precisa demasiado, sino del mercantil. Bajo esta perspectiva resulta diferenciable la función de administración de las personas jurídicas de tal naturaleza, de las funciones de gestión de empresa propias de factores, gerentes, directores generales, etc. (...). Como advierte algún sector doctrinal, las exigencias preventivas del "moderno" Derecho Penal para sancionar estas conductas no deben hacernos renunciar a criterios de formalización de la respuesta jurídica que son propios del Derecho Penal. La excesiva laxitud en la asignación del rol de "administrador de hecho" puede acabar por diluir la naturaleza misma del delito especial propio. Forzoso resulta establecer algunas pautas dirigidas a delimitar el concepto de administrador de hecho. Así no será obstáculo, para la transferencia de la calidad a efectos de ser considerados autores del delito, los que, habiendo ostentado formalmente el cargo, se vieran privados de su titularidad por nulidad de la designación o finalización del mandato, si, de hecho, siguen ejerciendo las mismas atribuciones. También pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo. Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan su función con autoridad sobre los gestores, por lo que no se excluye la eventual concurrencia de responsabilidades si ambos actúan en colaboración sin jerarquía en su relación*», STS 606/2010, de 25 de junio.

Al hilo de lo anterior, además de las personas naturales o físicas, también una persona jurídica podría ser considerada administrador de hecho y por ende generar responsabilidad penal a una persona jurídica administrada. Esto por cuanto el art. 49, señala que se puede atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica por «*la acción u omisión de sus órganos de gobierno o administración*». Por ende, en la medida que un órgano –persona jurídica– ejerciendo la administración de derecho o de hecho en los términos indicados *supra*, realice actividades de administración global o sectorial a favor de su representada y cometa un delito atribuible de la que se beneficie directa o indirectamente la entidad, habrá generado RPPJ.

En resumen, la administración de hecho o de derecho de personas físicas o de personas jurídicas sin que se extralimiten de sus funciones, genera responsabilidad penal de la persona jurídica administrada y del propio administrador de hecho o de derecho persona natural o jurídica¹⁷³. Empero, si existe extralimitación de funciones en el administrador de hecho o de derecho, aunque exista beneficio para la empresa administrada, debería excluirse a ésta de responsabilidad.

3.2.- El beneficio para la persona jurídica como presupuesto de imputación

Otro de los presupuestos de imputación para que opere la RPPJ conforme al art. 49 del COIP, es el beneficio que debe reportarle a la entidad el delito cometido por una o más personas físicas. Pese a la simpleza que puede reportar la frase «*para beneficio*», sin embargo, como presupuesto de imputación evidencia cuestiones no tan sencillas que merecen análisis puntual. En esta línea, naturaleza del beneficio, beneficio directo e indirecto, y actuación en beneficio de la persona jurídica, son cuestiones que partiendo de la regulación local y de la experiencia comparada, se reflexionan a continuación.

3.2.1.- La naturaleza del beneficio

Conforme al art. 49 del COIP, una persona jurídica puede ser penalmente responsable por delitos que se cometan «*para beneficio propio o de sus asociados*». Este enunciado evidencia, por un lado, que la intención del legislador es hacer responsable a una persona jurídica cuando el delito le reporta beneficio para la propia entidad, o en los casos que reporta beneficio a la propia entidad y a un asociado; o cuando no reportándole beneficio a la propia

¹⁷³ En idéntico sentido, respecto de las personas jurídicas administradoras de hecho, se pronuncia CIGÜELA SOLA, J., *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

entidad, no obstante le reporta beneficio para un asociado sea éste una o varias personas naturales o jurídicas; y por otro lado, que el beneficio constituye un presupuesto de imputación.

Ahora bien, el legislador local se ha decantado por una fórmula amplia de beneficio, lo que implica –conforme lo ha expresado en la Exposición de Motivos–, que para efectos de su análisis dogmático local se tenga que recurrir también al contexto moderno del desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial, que en materia penal ha sido adaptada a la «*realidad ecuatoriana*». En esta tarea, se partirá del análisis del Derecho comparado y de la experiencia jurisprudencial extranjera de similar calado en esta institución, para efectos de reflexionar la naturaleza del beneficio que acarrea la discusión dogmática, respecto de si el beneficio ha de ser de naturaleza objetiva –como la sugerida por el TS y la FGE-E–; o si por el contrario, tiene naturaleza subjetiva –como la advertida en la jurisdicción federal de los Estados Unidos de Norteamérica–.

En el primer caso, se está ante la posibilidad de que la actuación encaminada al beneficio no se quede en la versión estrictamente subjetiva, es decir que, aunque no necesariamente se tenga que esperar que el beneficio se torne cuantificable o se produzca¹⁷⁴, no será suficiente la mera intención del individuo de beneficiar a la persona jurídica, sino que lo que resulta fundamental, es que aquél pretenda alcanzar un resultado «*que se pueda entender objetivamente que revierte en beneficio de la entidad*»¹⁷⁵. Esta consideración representa utilidad pragmática que a decir de la FGE-E, permite sortear «*dificultades probatorias*» que podrían generarse de optarse por una naturaleza estrictamente subjetiva, ello en el sentido de que, como advierte RAGUÉS i VALLÉS, una valoración objetiva de comportamientos encaminados a beneficiar a la entidad, resultaría más sencilla y controlable que aquellas encaminadas a averiguar en los motivos del beneficio en el fuero interno del sujeto¹⁷⁶.

De optarse por una naturaleza objetiva, corresponde analizar si objetivamente es necesaria la valoración *ex post* del beneficio, para determinar si la persona jurídica ha obtenido un efectivo beneficio o si por el contrario, le ha reportado un perjuicio; o, si acaso es suficiente una valoración objetiva *ex ante*, es decir, si la aptitud previa de la conducta para beneficiar es suficiente presupuesto sin importar luego si al final le reporte un beneficio, no le reporte beneficio o, inclusive, le perjudique a la entidad¹⁷⁷.

¹⁷⁴ En este sentido, entiende la Fiscalía de España que es suficiente que la actuación de la persona física se dirija a la consecución del beneficio, FGE, Circular 1/2016.

¹⁷⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Los requisitos del», cit., p. 82.

¹⁷⁶ Cfr. *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

¹⁷⁷ Vid. RAGUÉS i VALLÉS, R., «La actuación en», cit., p. 111.

Por otro lado, la vertiente subjetiva aboga por una RPPJ por el simple hecho que el beneficio como resultado del actuar doloso de la persona natural, no necesariamente debe verificarse o consumarse¹⁷⁸, bastando que en el querer interno del sujeto persona natural se presente la intención de beneficiar. En este caso se está ante una naturaleza subjetiva acuñada en el modelo norteamericano, en el que, por acoger el modelo vicarial de imputación, resulta entendible.

Cierto sector de la doctrina española¹⁷⁹ se ha pronunciado en favor de la segunda posibilidad, es decir en el criterio de la idoneidad *ex ante*¹⁸⁰, en el sentido de acoger el «*criterio objetivo de adecuación de la concreta conducta delictiva realizada por la persona física*» valorada *ex ante*¹⁸¹. Quienes abogan por este criterio parte de la necesidad de la vinculación de la actuación *ex ante* con el objeto de los deberes de vigilancia que tiene la persona jurídica, ya que únicamente bajo este criterio se permitirá, por un lado, valorar las posibles consecuencias calculadas por el sujeto al momento de su actuación, y por otro, valorar la capacidad de ese sujeto para prever esas consecuencias; pero también por consideraciones «*estrictamente pragmáticas*»¹⁸².

Luego, *ex post* la naturaleza objetiva del beneficio, es decir, cuando el beneficio se haya consumado o se verifique de cualquier manera en la persona jurídica, reporta ciertos cuestionamientos en la medida que éste sirva como sustento probatorio enlazado a la intención objetiva *ex ante* de beneficiar a la entidad. Pues, en este caso, se correría el riesgo de que en «*infracciones crasas de vigilancia respecto de conductas que, normalmente, debería haber llevado a la obtención de un beneficio*», no serían imputables a la entidad por cuanto eventualidades posteriores conlleven a advertir la inexistencia de beneficios tangibles¹⁸³. Al respecto, en opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, no haría falta que la actuación implique el beneficio para la entidad, sino que, también, inclusive, a la larga puede terminar representándole una pérdida¹⁸⁴; de ahí que, sea suficiente la consideración objetiva *ex ante*

¹⁷⁸ Al igual que ocurre en la regulación de la RPPJ en los Estados Unidos de Norteamérica, que no exige necesariamente la realización del beneficio. Véase en este sentido a Vid. GOMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal», cit., p. 59 y ss.

¹⁷⁹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en J. Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), G. Rodríguez Mourullo (pr.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por la LO 5/2010 de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 65-141; DÍEZ RIPOLLÉZ, L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, 2012, pp. 1-33; SÁNCHEZ MELGAR, J., «Aproximación a la responsabilidad penal de las persona jurídicas: nuevos modelos de imputación», en J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinosa Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 31-66.

¹⁸⁰ También se ha pronunciado respecto de esta posibilidad la FGE-E en la CIRCULAR 1/2011, en el sentido de que si se exige el real beneficio, sucedería que cuando la actuación encaminada a buscarlo no termine beneficiando a la persona jurídica sino perjudicándola, no podría imputársele a la entidad.

¹⁸¹ Para mayor abundamiento de esta situación, véase a RAGUÉS i VALLÉS, «La actuación en», cit., p. 112 y ss.

¹⁸² IBIDEM.

¹⁸³ Vid. RAGUÉS i VALLÉS, «La actuación en», cit., p. 113.

¹⁸⁴ Vid. «Tratado de responsabilidad», cit., p. 83.

al menos en corto plazo, independientemente de que luego al final se logre o no obtener el provecho, es decir que para este autor, que lo que ocurra *ex post* con relación a la actuación que genera esa conexión de provecho carecería de relevancia¹⁸⁵ para los efectos presupuestarios de imputación del beneficio.

Al hilo de lo anterior, cabe reflexionar fronteras adentro, en el sentido de que conforme a la regulación local, por un lado y para efectos presupuestarios, acaso se admita la naturaleza subjetiva del beneficio (sistema norteamericano), o si por el contrario, se prevé una naturaleza objetiva (presupuesto sugerido por la doctrina y jurisprudencia de España); y de admitirse la segunda opción, si acaso se está frente a la vertiente objetiva *ex ante* o *ex post* del beneficio.

Así, a diferencia de lo que ocurre en España, en Ecuador el legislador ha empleado la fórmula de redacción «*para beneficio*» en lugar de «*en beneficio*». Esta distinción gramatical es importante para efectos de entender la naturaleza que el legislador ecuatoriano le ha querido dar al beneficio en la regulación del art. 49. Para representar el análisis gramatical del término «*para beneficio*», bien traída sea la advertencia hecha por la FGE-E, cuando a efectos de abogar por una vertiente objetiva *ex ante* respecto del beneficio razona que, «*La expresión puede ser interpretada en primer término incidiendo en su vertiente subjetiva, de modo que sería suficiente con que el agente actuase con la íntima convicción de que favorecía a la sociedad, esto es, el término equivaldría a la intención del sujeto actuante de beneficiar a la empresa. En contra de esta exégesis está la idea de que si el legislador hubiera querido otorgarle este sentido, probablemente hubiera optado por expresiones tales como con la intención de beneficiar, o para beneficiar*»¹⁸⁶.

Lo indicado permite conjeturar que en Ecuador, el término «*para beneficio*» debe implicar necesariamente la consideración *ex ante* del beneficio. Luego, en la misma línea advertida, y por haber empleado el legislador ecuatoriano la fórmula gramatical «*para beneficio*», estaría adoptando la vertiente subjetiva del beneficio *ex ante*, en cuyo caso, bastará entonces –al estilo de los EEUU–, la simple intención o representación interna del sujeto persona física de cometer el delito para beneficiar a la jurídica. De ser afirmativa la hipótesis indicada, conlleva una interrogante de gran trascendencia dogmática ¿el modelo ecuatoriano presenta visos del sistema vicarial?

Luego, respecto de la posibilidad de la exigencia de la previsibilidad objetiva *ex ante* o *ex post*, si se pregona una RPPJ basada en defecto de organización, y sobre todo en la

¹⁸⁵ IBIDEM.

¹⁸⁶ FGE, Circular 1/2011.

necesidad político criminal respecto a que las empresas observen los deberes de vigilancia, y si se quiere además prevenir cuestiones pragmáticas negativas, se ha de abogar en el país por un criterio objetivo *ex ante* en contra del *ex post*. Por ahora, a falta de doctrina y jurisprudencia local, se invoca la necesidad de una reflexión de los efectos negativos que pudiera acarrear la posibilidad subjetiva y la posibilidad objetiva *ex post*, sobre todo en materia probatoria. Y a la vez, se proyecta la necesidad *de lege ferenda* de una regulación del beneficio en el sentido de la posibilidad objetiva *ex ante* en los términos advertidos por la doctrina española¹⁸⁷ y por la FGE-E.

3.2.2. Carácter del beneficio

La regulación ecuatoriana de la RPPJ del art. 49, presenta al igual que en su momento presentó el art. 31 bis del CP¹⁸⁸, la ausencia de determinación del carácter del beneficio; es decir, no determina si el beneficio ha de ser sólo directo o también puede ser indirecto¹⁸⁹. Por otro lado, el legislador ecuatoriano ha optado por una concepción amplia de los tipos o clases de beneficio que a decir de FEIJOO SÁNCHEZ, abarca no solamente los cuantificables económicamente, sino también ventajas, ahorro de costes, de imagen corporativa¹⁹⁰ u otros de carácter inmaterial. Para efectos de abordar la situación del carácter del beneficio ha de partirse primero de la necesaria comprensión de lo que ha de entenderse por uno u otro beneficio.

- a) **Beneficio directo.**- Se trata de cualquier tipo de beneficio –económico, reputacional, financiero, etc. – perseguido para la entidad por parte de la persona física y tanto para la propia persona jurídica o para beneficio de alguno de sus asociados. Es un beneficio que, pese a que efectivamente no se llegue a verificar o consumir, sin embargo, es suficiente que la persona física que lo pretende alcanzar, tenga de alguna

¹⁸⁷ Por todos, RAGUÉS i VALLÉS, «La actuación en», cit., p. 108 y ss.

¹⁸⁸ El art. 31 bis 1, introducido al CP de España en 2010, respecto del beneficio únicamente se refería a que se cometido en provecho de las personas jurídicas. Respecto de esta situación, el Grupo de Trabajo de la OCDE, había realizado ciertas observaciones que probablemente influyeron a la hora de cambiar la expresión «en provecho» por de la de «beneficio directo o indirecto», vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (Análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)», S. Bacigalupo Sagesse, B. Feijoo Sánchez y J.I. Echano Basaldua (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, pp. 693-712.

¹⁸⁹ Sin embargo, la regulación actual es más clara que la primaria. En efecto, el anterior art. 31 bis exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos o vías de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y además «*en su provecho*»; siendo, precisamente, esta última expresión, la que generaba dudas respecto de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo. Según la Circular 1/2016 de la FGE-E en «*La sustitución en la LO 1/2015 del término “provecho” por el de “beneficio directo o indirecto” despeja las dudas en favor de la interpretación lata que permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales*».

¹⁹⁰ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Los requisitos de», cit., p. 82 y s.

manera –preferiblemente de forma objetiva– la intención de beneficiar a la entidad o a algún asociado de ésta.

- b) **Beneficio indirecto.**- Este beneficio reporta un poco más de esfuerzo interpretativo a la luz de la regulación ecuatoriana, y consiste en cualquier beneficio que de forma indirecta le reporte a la persona jurídica la actuación de cualquiera de las personas físicas del art. 49. Se trata en ocasiones, de una especie de beneficio remanente que le queda a la persona jurídica por el actuar de una persona natural que busca un beneficio propio. Lo indirecto se considera en la medida que el propósito de la persona natural no es beneficiar a la empresa, sin embargo, su actuación delictual termina de todos modos beneficiándola. Este beneficio también puede ser aprovechado tanto por la persona jurídica en la que actúa la persona natural, cuanto por una persona natural o jurídica asociada de la persona jurídica.

Ahora bien, para efectos de establecer si acaso en el sistema de RPPJ ecuatoriano, solamente se prevé lo directo del beneficio, o si por el contrario, cabe también la posibilidad de que el beneficio sea directo o indirecto, se ha de partir de un análisis contextualizado de la ley. En efecto, el inciso tercero del art. 49 del COIP señala que no habrá RPPJ cuando el delito se cometa «*en beneficio de un tercero ajeno*» a la entidad. La citada regla de no determinación de RPPJ es traída con el propósito de advertir lo indirecto o no del beneficio en el caso ecuatoriano. En esa tarea, hay que advertir que al excluirse a las personas naturales de su seno como beneficiarios de la infracción para efectos de exclusión de RPPJ deja, por un lado, reafirmada la consideración de «*terceros*» solamente a cualquier persona natural o jurídica, sean éstas últimas de Derecho privado o público que no tengan ningún tipo de vínculo con la persona jurídica a la que se le pretende atribuir responsabilidad penal; y, por otro –y en lo que aquí interesa–, deja entrever la posibilidad de que las personas naturales indicadas en el primer inciso del art 49, son consideradas «*no ajenas a la persona jurídica*». De ahí que, cabría considerar positivamente, la asunción de un beneficio indirecto, cuando aquéllas delinquiendo bajo presupuestos del art. 49, y buscando beneficio exclusivamente personal, terminen beneficiando también a la persona jurídica, esto en la medida que la entidad se encuentre defectuosamente organizada¹⁹¹.

Al hilo de lo anterior, el tácitamente advertido beneficio indirecto, sumado al directo de la expresión en beneficio propio o de sus asociados, ubican a la regulación ecuatoriana de la

¹⁹¹ Este criterio es similar a la postura adoptada por la FGE-E, en la Circular 1/2016, en el sentido de que «*solo quedarán excluidas aquellas conductas que, al amparo de la estructura societaria, sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto*».

RPPJ en la órbita de los países que aceptando observaciones del Grupo de Trabajo de la OCDE¹⁹², podrá responsabilizar penalmente a las personas jurídicas no solamente cuando obtengan un beneficio directo sino también indirecto. Ahora bien, en el país el problema podría radicar en sede interpretativa, sobre todo en las prohibiciones indicadas en el art. 13 del COIP, más allá de poderosos argumentos de política criminal que reflejen la necesidad de no dejar en la impunidad delitos cuando no se pueda determinar beneficios no directos.

En fin, parece que el Informe de la OCDE y la doctrina –por ahora– apuntan a que la diferenciación entre una y otra clase de beneficio pasa por la necesidad de establecer que la RPPJ debe «*declararse tanto si la producción del beneficio ha formado parte de los propósitos de la persona física (beneficio directo) como si esta ha obrado movido por otras finalidades u objetivos ajenos a su principal (por ejemplo: obtención del lucro personal, búsqueda de promociones profesionales, etc.) pero si su actuación ha sido apta objetivamente para generar algún tipo de beneficio para su mandante (beneficio indirecto)*»¹⁹³. De ahí que, lo indirecto no pasa por el mero beneficio a sus filiales o asociados ni por el hecho de haber dejado de percibir algún emolumento cuantificable en dinero u otro similar, sino por el beneficio objetivo¹⁹⁴ que reporta para la persona jurídica la actuación de la persona natural pese a que su conducta se encamine a buscar un beneficio también exclusivamente personal; en tanto que el beneficio directo, obedece a los propósitos buscados por la persona física que delinque para beneficio de la entidad¹⁹⁵.

3.2.3.- La actuación para beneficio de la persona jurídica

¹⁹² El Informe de la OCDE prevé también la posibilidad de que la persona jurídica obtenga un beneficio o ventaja de carácter indirecto como «*una ventaja competitiva por ejemplo*», respecto de esta consideración Cfr. IBIDEM; luego, el propio Informe alude la posibilidad de un beneficio directo cuando por ejemplo, una persona pretende un beneficio directo para una entidad pero, también con su actuación termina beneficiando a otra entidad por cuenta de la que actúa; de ahí que, como afirma algún autor, ejemplificando, «*si un directivo de la empresa E soborna a un funcionario extranjero para que la filial F, que opera en el país del funcionario, acceda a autorizar unos contratos muy cuantiosos con el sector público, E debería ser declarada responsable por cuanto la obtención de tales contratos comporta una evidente mejora de las expectativas de éxitos de sus inversiones internacionales a través de F*», concluya que la probabilidad primordial de esa mejora, de por sí ya supone, un beneficio directo esperable, RAGUÉS i VALLÉS, R.; «La actuación en», cit., p. 117.

¹⁹³ RAGUÉS i VALLÉS, R., «La actuación en», cit., p. 116.

¹⁹⁴ Respecto de la consideración objetiva del beneficio, se ha llegado a señalar que «*aunque la modalidad de "beneficio directo" admitiría una interpretación inequívocamente subjetiva, la ampliación expresa a supuestos de causación indirecta de provecho pone en evidencia que la responsabilidad puede existir más allá de cuáles hayan sido las intenciones concretas del sujeto y, consecuentemente, lo determinante son elementos de naturaleza objetiva*», RAGUÉS i VALLÉS, R.; «La actuación en», cit., p. 117.

¹⁹⁵ En España, respecto del beneficio, el TS se ha pronunciado señalando que, «*convendría dejar claro desde ahora que ese término de "provecho" (o "beneficio") hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete*». STS 154/2016, de 29 de febrero. Por su parte, la FGEE en su segunda Circular sobre RPPJ ha indicado que: «*La sustitución de la expresión "en su provecho" por la de "en su beneficio directo o indirecto", conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad*», FGE, Circular 1/2016, p. 58.

Una tercera cuestión tiene que ver con la necesidad de mantener la fórmula regulatoria de la *actuación en beneficio* o a su vez la posibilidad de eliminarla, y en este segundo caso, conforme indica RAGUÉS i VALLÉS, la persona jurídica sería responsable por los delitos más graves de sus deberes de evitar que las personas naturales o físicas de su seno ejecuten un delito mientras desempeñen sus funciones que lleguen a perjudicar de forma grave los intereses de otras personas o a los intereses generales o colectivos¹⁹⁶, esto bajo argumentos de que así como la intensidad del quebrantamiento de los deberes de vigilancia, control y supervisión sirve de criterio para determinar la relevancia penal en las personas físicas, debe servir también para determinarla en el ámbito de las personas jurídicas¹⁹⁷, tornando, por ende, innecesario el presupuesto o la exigencia de que la persona natural cometa el delito «*en o para beneficio*» de la persona jurídica. Al respecto, el legislador ecuatoriano ha omitido el término «*actuación en nombre o por cuenta*» que asoma en el art. 31 bis.1 del CP de España, y en su lugar directamente ha establecido el término «*para beneficio*».

Como corolario de lo anterior, concordando con la doctrina y con el criterio de la FGE-E¹⁹⁸ respecto de estas dos clases de beneficio, resulta lógico que se posibilite al juzgador tomar «*en cuenta el carácter lo directo o indirecto del beneficio como un factor cuantitativo de valoración de la responsabilidad de la persona jurídica*»¹⁹⁹.

Conforme a lo analizado en este epígrafe, se puede afirmar que para el caso ecuatoriano, como indica la doctrina mayoritaria, resultaría contraproducente asumir la consideración meramente subjetiva del beneficio, y en consecuencia, reafirmar la necesidad de la verificación como tendencia objetiva de su acción²⁰⁰. De todas formas, se trata de un tema muy fino de hilar. Esta es la deuda que sobre el beneficio, a mi juicio, deja la lectura y análisis del actual art. 49 del COIP.

En resumen, el «*hecho de referencia o conexión*» conjuntamente con el beneficio directo o indirecto como presupuestos de imputación evidencian la defectuosa organización, en la medida que se responsabilice penalmente a las personas jurídicas por culpa *in eligendo*, *in vigilando* y hasta por culpa *in constituendo* e *in instruendo*²⁰¹.

¹⁹⁶Vid. «La actuación en», cit. p. 158.

¹⁹⁷ IBIDEM.

¹⁹⁸ En la conclusión final 19^a.5 la FGEE ha señalado que, «*La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redunde principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente*». CIRCULAR 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

¹⁹⁹ RAGUÉS i VALLÉS, R., «La actuación en», cit. p. 118.

²⁰⁰ Vid. SALVO IIAVEL, N., «Modelos de imputación», cit., p. 278.

²⁰¹ Pese a que a esta conjetura llega la jurisprudencia extranjera, sin embargo, sea bien traída al caso ecuatoriano a falta de análisis dogmático jurisprudencial, STS 154/2016, de 29 de febrero, voto concurrente, FJ 2 y 4.

3.2.3.1.- La exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Aunque la exclusión de la RPPJ se trata de un tema distinto que merece profunda reflexión dado lo parco de su regulación, se la aborda en este sub epígrafe, pues, es el beneficio, precisamente, el determinante a la hora de la exclusión de esta clase de responsabilidad penal.

De forma expresa el COIP contempla una sola posibilidad de no determinación de la RPPJ de derecho privado, tiene que ver directamente con el beneficio. En efecto, el tercer inciso del art. 49 señala que «*el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica*». Al respecto, es necesario reflexionar sobre algunas cuestiones que pueden resultar problemáticas.

Así, la advertida frase «*no hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal*», puede presentar incertidumbre a la hora de determinar ¿si se está frente a una excusa absolutoria²⁰², o acaso se trata de una condición objetiva de punibilidad a discutirse en sede del tipo?, cuando el delito no le reporte beneficio a la persona jurídica. Al respecto, dado su ubicación sistemática en la redacción del art. 49, en principio, pareciera que la intención del legislador fue la de considerarla excusa absolutoria.

Frente a lo advertido, por un lado, si se considera excusa absolutoria que excluye o anula la pena, el sometimiento a un procedimiento penal para llegar a esa instancia, conllevaría una severa afectación reputacional con implicaciones en la economía de la empresa, en los trabajadores y terceros, todo para que finalmente se le termine no imponiendo una pena en caso de que el beneficio se identifique para terceros. En cambio, si se trata de una cuestión que impide un procesamiento por no llenar la tipicidad contenida en el presupuesto del art. 49 «*beneficio*», los costes reputacionales y económicos quizás sean limitados o mínimos, cuando por ejemplo, en materia adjetiva las investigaciones preliminares arrojen resultados del no beneficio, y esto con independencia de si ha existido o no una defectuosa organización, ya que el legislador no ha establecido como causa eximente los *programas de cumplimiento*. Con otras palabras, si se entiende que el beneficio a favor de un tercero ajeno a la persona jurídica elimina el elemento del tipo «*beneficio*» para la entidad. Ya en materia procedimental al momento de la formulación de cargo o en cualquier momento de la instrucción, el juzgador

²⁰² «*Las excusas absolutorias son aquellas causas que operan sobre un delito eliminando su punibilidad (eliminando su pena) como consecuencia de razones no vinculadas ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad, sino que son razones vinculadas a la utilidad o justicia material*», IBERLEY, «Excusas absolutorias: causas de exclusión de la pena y causas de anulación de la pena», disponible en: <https://www.iberley.es/temas/excusas-absolutorias-causas-exclusion-pena-causas-anulacion-pena-47541>

debe valorar esa situación al amparo de las reglas del beneficio advertidas *supra*, para determinar si instruye o no a la entidad; caso contrario, es decir, si se admite que se trata de una excusa absolutoria, deberá valorarse la situación en el juicio oral.

Por otro lado, la redacción ofrecida por el legislador en el tercer inciso del art. 49, genera incertidumbre en el sentido de que si ¿solamente procede la no determinación de la RPPJ cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero para beneficio de un tercero «ajeno» a la persona jurídica?, o si acaso ¿también procede cuando el delito es cometido por una persona de esas *primera o segunda vías* advertidas en el art. 49 para su propio beneficio personal? Esta interrogante sugiere dos cuestiones a clarificar.

La primera, pasa por la concepción del término «tercero»²⁰³, respecto del que, habrá de considerarse únicamente a quienes no mantengan ningún vínculo con la persona jurídica en la que se comete el delito. Esto bajo la advertencia expresa de «tercero ajeno» a la persona jurídica. Y es que, conforme al diccionario de la RAE, el término «ajeno» implica para los fines que aquí interesan «*Perteneciente a otra persona; de otra clase o condición; Impropio, extraño, no correspondiente; ajeno a su voluntad*»²⁰⁴, lo que infiere que las personas físicas indicadas en primer inciso del art. 49, en la medida que se las considere ajenas a la persona jurídica –cosa que no es así–, el beneficio personal que obtengan no debería generar RPPJ. Luego, y como en realidad ocurre, si son consideradas no ajenas, cuando el beneficio sea para éstas, habría lugar a la determinación de RPPJ. Sin embargo, de visualizarse positiva esta afirmación, presentaría en el fondo quebrantamiento al principio de culpabilidad, al pretender responsabilizar a una persona jurídica por un delito que no le reporte beneficio directo ni indirecto.

El segundo problema que se advierte, es que como consecuencia de admitirse la no determinación de la RPPJ, la entidad se quede sin sanción penal porque no recibe beneficio, pese a que, por ejemplo, en el seno de su defectuosa organización se cometió el delito (no es delito que una persona jurídica no esté correctamente organizada); en este caso, la finalidad de la RPPJ perdería fundamento. No obstante, se asume que, tanto el beneficio

²⁰³ Con una mejor redacción el legislador argentino en el art. 2 de la Ley 27.401, ha plasmado una norma de exclusión más clara que la contenida en el art. 49 del COIP. En efecto, mientras que en Argentina la exención opera cuando la «*la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella*», en Ecuador el COIP por su parte, establece la no determinación de la RPPJ cuando el delito sea cometido por alguna de las personas naturales del art. 49 pero en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica. Como se advierte, la diferencia radica en el provecho que reporta en la persona natural el delito; dos cuestiones que aunque resulten opuestas –el beneficio individual en el caso argentino vs el beneficio de tercera persona en el caso ecuatoriano–, tienen el mismo trasfondo, excluir de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

²⁰⁴ RAE, Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/>

cuanto la defectuosa organización deben ser puntualmente analizados a la hora de una posible exclusión de responsabilidad penal, sugiriéndose una eventual no determinación de RPPJ únicamente cuando habiéndose organizado correctamente una persona jurídica, la persona física eludiendo los controles y la correcta organización, comete un delito atribuible y del que se beneficia él personalmente, es decir, se verifica solamente en la persona física el «*hecho de referencia*» y el beneficio que la infracción reporta. Luego, si estando defectuosamente organizada la persona jurídica y se verifica en la persona física el «*hecho de referencia*» y el beneficio, cabría la posibilidad de una complicidad, o de forma más tajante, una negativa de exclusión de responsabilidad para la persona jurídica. Queda esa labor para la jurisprudencia local.

En lo personal, creo que lo advertido en el párrafo anterior pasa primero por el necesario entendimiento del término «*ajeno*» en el sentido de ajenidad del beneficio y de ajenidad de vínculos. Solamente así, se podría justificar por un lado, la no determinación de RPPJ cuando el delito sea cometido por y en beneficio exclusivamente de una persona física o jurídica de su seno, es decir, de aquellas que pueden generar el «*hecho de referencia*» (ajenidad interna de beneficio); y, por otro lado, cuando el beneficio sea para terceras personas (ajenidad externa), es decir, de quienes no formen parte de la entidad. De ahí que, amén de lo defectuoso de la regulación, existirá no determinación de la RPPJ cuando el beneficio directo o indirecto no se reporte para la persona jurídica, siempre que, eso sí, no se excedan los límites de una valoración objetiva *ex ante*; es decir, si habiéndose beneficiado solamente la persona física, no existen motivos o presupuestos que permitan objetivamente considerar que su actuación haya estado encaminada a beneficiar a la entidad. Caso contrario, se podría estar frente a un beneficio indirecto que como se analizó *supra*, puede ser materia o inmaterial, inclusive perjudicial para la entidad, pero que al final puede generar RPPJ.

4.- El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para efectos de contribuir al debate local en materia de RPPJ, corresponde aquí reflexionar –a partir de la experiencia comparada– algunas cuestiones generales que fundamentan desde los prismas políticos y teóricos, la RPPJ; así como su fundamento jurídico-penal.

Así, tres son los motivos generalmente advertidos que dan sustento político a la RPPJ: autorregulación, ciudadanía corporativa y cumplimiento normativo.

Al amparo de la autorregulación, Ecuador ha cedido a las empresas personas jurídicas de derecho privado que operan en el territorio nacional, el deber de regularse (autorregularse); estableciendo un control meramente formal por parte de las respectivas entidades gubernamentales de las ramas en las que aquéllas operan. La potestad autorreguladora implica la transferencia de parte del Estado hacia la entidad, la correcta administración y el control del riesgo que ésta genera; lo que a decir de GÓMEZ-JARA, permitirá por un lado, solventar ciertos problemas causados por el arbitrio que puede generar la autorregulación en manos de la propia entidad; y por otro, ejercitar de mejor manera la denominada «*libertad asociativa*» reconocida en la CRE, además de cuestiones de ahorro de costes que la autorregulación le implica al Estado al tener que ser la propia entidad la que los asuma²⁰⁵.

Luego, esa autorregulación no tiene porqué implicar una desatención total por parte del Estado hacia las entidades autorreguladas. Es por ello que, la tendencia, y de hecho uno de los fundamentos políticos de la RPPJ, es la denominada «*autorregulación regulada*», por la que se le exige a la entidad, el deber de enfrentar las consecuencias del ejercicio de la potestad autorreguladora que el Estado le ha concedido²⁰⁶. De ahí que, en los casos de que en ejercicio de la autorregulación una persona jurídica observe una conducta contraria al Derecho ecuatoriano –siempre que se trate de una conducta con relevancia penal–, se activará el sistema de RPPJ en ejercicio *ex post* de la potestad «*autorregulación regulada*» reservada para el Estado.

Otro de los fundamentos políticos lo constituye el concepto de «*ciudadanía corporativa*» entendido en su vertiente formal (cumplimiento de la legalidad) y material (participación de las entidades en el discurso público)²⁰⁷, según los que, por un lado, si la persona jurídica cumple de forma diligente con la legalidad será considerado un «*buen ciudadano corporativo*», caso contrario merecería el reproche a título de RPPJ; y, por otro, en la medida que siendo la «*libertad de expresión*» determinante a la luz de los fundamentos democráticos de legitimación del Derecho penal, tanto la persona física como la jurídica pueden participar en el debate público, pudiendo cuestionar las normas que consideren contrarias a sus intereses, y si dicho cuestionamiento se hace delictivamente y no por medio de la referida libertad, al igual que las personas físicas, merecerán reproche penal²⁰⁸.

²⁰⁵ Cfr. «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», con BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi SA, Cizur Menor, 2016, pp. 89-119.

²⁰⁶ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., p. 94.

²⁰⁷ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., p. 97.

²⁰⁸ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., p. 98.

Finalmente, pese a que en la primera regulación ecuatoriana de la RPPJ no se consideraba a los programas de cumplimiento en su naturaleza eximente y atenuante, no cabe duda que el cumplimiento normativo formal y material o efectivo es otro de los fundamentos políticos que sustentan la RPPJ. Luego, con los cambios operados mediante «*Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción*»²⁰⁹, por la que se introduce al *compliance* como atenuante de RPPJ, se refuerza la idea de este instrumento como fundamento político que sustenta esta clase de responsabilidad.

Por su parte, la necesidad de desechar la imputación por transferencia de naturaleza estrictamente civil y la responsabilidad objetiva; la de abogar por un injusto y culpabilidad propia de la persona jurídica para efectos de congruencia con el principio de culpabilidad y de individualidad de las penas; la posición de garante que tiene la persona jurídica en el ejercicio de su actividad empresarial o asociativa; y, la consideración de penas propias y específicas para las personas jurídicas²¹⁰; constituyen algunos de los fundamentos teóricos principales de la RPPJ, de los que Ecuador no debe mostrarse ajeno.

Finalmente, respecto de los fundamentos jurídico-penales de imputación, como el problema de la denominada irresponsabilidad organizada/estructural, la teoría del delito, y la teoría de la pena de la persona jurídica; por ahora se dejará indicado –como se ha venido además, reiterando– que si se quiere ser respetuoso con el principio de culpabilidad y de individualidad de las penas, habrá que abogar por la asunción de un modelo de responsabilidad por el hecho propio. Como consecuencia de lo anterior, se sugiere asumir al defecto de organización como injusto propio de la persona jurídica y, por ende, como fundamento jurídico-penal de imputación de la RPPJ²¹¹.

Cuestiones como teoría del delito de la persona jurídica y teoría de la pena, serán reflexionadas más adelante en un epígrafe independiente.

²⁰⁹ Segundo Suplemento N° 392 - Registro Oficial, de 17 de febrero de 2021.

²¹⁰ Estos aspectos son abordados con cierta profundidad por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., p. 110 y ss.

²¹¹ Por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., p. 100 y ss.

III. Independencia de responsabilidades y teoría del delito de la persona jurídica

1.- Planteamiento

Para efectos didácticos y prácticos, se agrupan bajo la denominación de independencia de responsabilidades (art. 49, inciso segundo), cuestiones de concurrencia (art. 50) y de no determinación de la RPPJ (último inciso art. 49). Pues, en definitiva, se trata en el fondo de cuestiones que implican independencia y autonomía de responsabilidades entre persona física y jurídica.

El sistema de RPPJ ecuatoriano presenta una regulación sustantiva similar a la de la mayoría de los países de la región hispanoamericana. En efecto, de una mirada al Derecho comparado, en Argentina, Chile, España y Perú, sus respectivas legislaciones penales prevén tanto la independencia cuanto la concurrencia y exclusión de responsabilidad penal con diferentes matices. Al parecer, la tendencia en la región es abanderar un modelo de RPPJ por el hecho propio, amén de cierta crítica doctrinal que infiere en alguna de las regulaciones indicadas, un modelo por heterorresponsabilidad.

En Ecuador, el legislador consiente de la necesidad de establecer un sistema de RPPJ por el hecho propio, ha determinado tanto la independencia cuanto la concurrencia de responsabilidades y la no determinación. La primera y la tercera advertidas en los párrafos tercero y cuarto del art. 49 del COIP, respectivamente; y la segunda en el art. 50. La independencia y la concurrencia refuerzan la idea de la autorresponsabilidad en el sistema local de imputación de RPPJ, y a la vez, permiten abanderar la defensa del principio de culpabilidad. Por otro lado, estas instituciones permitirán centrar la mira del análisis dogmático-jurídico en sede de la propia persona jurídica a partir del presupuesto «*hecho de referencia*» y con fundamento en su propio injusto.

Además, y debido a que, al ser la persona jurídica sujeto de imputación en el sistema penal ecuatoriano, es necesario reflexionar cuestiones atinentes a la teoría del delito.

El objetivo de este epígrafe, parte de la necesidad por establecer los alcances jurídicos de la independencia, concurrencia y no determinación de RPPJ conforme se encuentran regulados en el COIP; pero también y en conexión con las anteriores, reflexionar el encuadre del injusto de la persona jurídica en las categorías de la teoría del delito. Para este cometido, partiendo

de fuentes bibliográficas documentales, entre las que sobresalen las legales, doctrinales y jurisprudenciales, se pretende de fondo, delimitar los alcances del modelo de imputación pretendido por el legislador penal ecuatoriano.

2.- La independencia y autonomía de responsabilidades

El inciso segundo del art. 49 del COIP, proclama la independencia de la responsabilidad penal entre la persona jurídica y las naturales o físicas que intervienen en la comisión del delito. Esta regulación advierte que estamos frente a dos responsabilidades diferentes; y se denota la intención legislativa de asegurar la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica respecto de la física o incluso de otra persona jurídica que ha cometido el delito para beneficio de aquella. Con esta regulación se busca por una parte, evitar que ante la imposibilidad de determinar la responsabilidad individual en el seno de una organización –persona jurídica–, ésta quede impune; y, por otra, y como consecuencia de la primera, procesar a una persona jurídica sin necesidad de establecer primero la responsabilidad penal o condenar a la persona física²¹². Estas dos cuestiones destruirían el requerimiento de la transferencia de responsabilidad como presupuesto vicarial para determinar la RPPJ y refuerzan la idea de una autorresponsabilidad.

En una mirada al Derecho comparado iberoamericano, Argentina aborda la independencia de acciones, la que conforme al art. 6 de la Ley 27.401, cuando no se pueda identificar o juzgar a la persona natural partícipe del delito, sin embargo podrá ser condenada la persona jurídica; y es que, el legislador argentino advierte además, que para condenar a una entidad se requiere que las *«circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica»*²¹³. Chile prefiere la denominación de responsabilidad penal autónoma conforme se desprende del art. 5 de la Ley 20.393. En España, en el actual art. 31 *ter*.1 se advierten pasajes de una responsabilidad penal independiente y autónoma²¹⁴. Perú también se ha decantado por una autonomía de responsabilidades en el art. 4 de la Ley N° 30424.

Empero, más allá de las denominaciones que una u otra regulación adopte al respecto, corresponde aquí analizar los alcances que esa independencia implica en el caso

²¹² En España, el TS ha indicado que lo que se exige es *«la "constatación" de la actuación de esos sujetos personas físicas" y no "la previa "condena" de las mismas»*, STS 742/2018, de 7 de Febrero de 2019.

²¹³ Ley núm. 27401, cit.

²¹⁴ Así se advierte en IBERLEY, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: <https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-penal-personas-juridicas-62706>

ecuatoriano. Así, el segundo inciso del art. 49 deja claramente delimitado el presupuesto de imputación «*hecho de referencia o conexión*», del injusto propio o fundamento de RPPJ defecto de organización; es decir, advierte que una cosa es la comisión activa u omisiva del delito por parte de la persona física, y otra cosa diferente es la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, o si se quiere, que pueden coexistir una RPPJ y una RPPF sin que la una afecte a la otra y viceversa.

Luego, la advertida independencia de respsoanbilidades se ve complementada en los casos de concurrencia del art. 50 de COIP como se verá *infra*. Inclusive, con las reformas de 2021, el legislador ha decidido reforzar más esa independencia; es así que, en el párrafo segundo del art. 49 del COIP, ha continuación de la regulación primaria, ha señalando que la RPPJ se mantendrá incluso cuando no se pueda determinar a la persona física que cometió el delito.

2.1.- La concurrencia de responsabilidades

El art. 50 del COIP contiene una regulación que refuerza la independencia de responsabilidades y presenta algunas cuestiones sobre las que es necesario reflexionar.

La norma del art. 50 no debe interpretarse como una cláusula de liberación de RPPF como pretende algún autor ecuatoriano²¹⁵. Esto no debe ni puede ser así por las siguientes consideraciones: 1. El sistema de RPPJ en Ecuador no contempla el defecto de organización como delito, máxime se puede recurrir a él para fundamentar jurídicamente la punición y probar la RPPJ en la parte objetiva del tipo; 2. La autonomía de responsabilidades no libera a la persona física de la comisión de un delito atribuible aún en los casos que se cometa en el seno de una defectuosa organización, pues, de ser así, las personas físicas se ampararían en las entidades para lograr su impunidad. Con otras palabras, la persona física no puede ampararse en la defectuosa organización ni en la presencia de los programas de cumplimiento para evitar su punición, habrá de valorarse de forma autónoma su responsabilidad; y, 3. En todo caso, el primer inciso del art. 50 del COIP es claro en el sentido que no se trata de una cláusula de liberación de RPPF, sino de situaciones de no extinción o modificación de la RPPJ.

²¹⁵ Cfr. LÓPEZ COBEÑA, A., «La responsabilidad penal», cit., pp. 109-110, este autor, a mi juicio de forma errada, argumenta que la falta de un programa de cumplimiento o un código de ética de conducta empresarial en el seno de la persona jurídica, impediría la persecución penal de la persona física que cometió el delito, al punto que concluye señalando que «*frente a esto, la responsabilidad es exclusiva de la persona jurídica, sin que deba coexistir una sanción a la persona natural, que ejecutó u omitió una acción que provocó la lesión al bien jurídico protegido*».

Por otro lado, la redacción legal parte de una cláusula importante para efectos de su cabal entendimiento, esto es, la «no extinción ni la modificación de la RPPJ» por efectos de la concurrencia de responsabilidades. Esta premisa tampoco ha de entenderse en el sentido de no extinción –como causas de extinción de la acción penal o de la pena de la persona jurídica– por el solo hecho, por ejemplo, de que una persona natural evada la acción de la justicia o muera; es decir, en esos casos no es que se torna inextinguible la acción penal y la pena para la persona jurídica. Por el contrario, la cláusula ha de entenderse en el sentido de que no se pretenda beneficiar a la persona jurídica de la extinción de la pena o de la acción penal que beneficia a la persona física; lo contrario sería ir contra regulación legal y constitucional expresa²¹⁶.

Además, la regulación prevé la posibilidad de una responsabilidad penal a la persona jurídica, y también de una responsabilidad penal conjunta entre ésta y la persona natural, en cuyo caso, para mantener la autonomía, ha regulado ciertas cuestiones que tienen que ver con las afectaciones conforme se analiza a continuación.

2.2.- Responsabilidad concurrente y la problemática de las afectaciones

No se extingue ni se modifica la responsabilidad penal de la persona jurídica: a) cuando en la comisión de hechos punibles participan una persona jurídica con una o más personas naturales, b) cuando respecto de la persona natural que comete el delito atribuible: concurren circunstancias que afecten o agraven su responsabilidad, en caso de muerte, cuando se encuentre en calidad de prófuga de la justicia; cuando se extinga la RPPF; y, cuando se dicte sobreseimiento a favor de éstas²¹⁷.

En el primer caso, se busca advertir que tal evento no acarrea la vulneración al *non bis in idem*; y a la vez, refuerza la idea de la autorresponsabilidad y la independencia de responsabilidades²¹⁸ en caso de que no se pueda determinar a la persona física²¹⁹ que haya cometido el delito. Luego, parece que el legislador ha olvidado que no solamente las personas física pueden generar RPPJ, puesto que, como ha quedado advertido *supra*, una persona

²¹⁶ El art. 75 del COIP reformado por el Anexo No. 4 de la Pregunta No. 4 de la Consulta Popular, del 04 de febrero de 2018, y publicado en el R.O. 181-S, 15-II-2018 regula el sistema de prescriptibilidad de las penas.

²¹⁷ La separación en literales no es propia del COIP, se lo ha hecho con fines explicativos.

²¹⁸ Afirma FEIJOO SÁNCHEZ, B., que «Existe independencia en la medida en que la persona física puede haber sido eximida de culpabilidad (inimputabilidad, inexigibilidad o error de prohibición invencible), puede haber fallecido o puede haberse sustraído a la acción de la justicia», «Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español con BAJO FERNÁNDEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 67-73.

²¹⁹ De este parecer es también ZUGALDÍA ESPINAR, J., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

jurídica de derecho privado administradora de otra, también podría hacerlo. De todas formas, se trata de advertir que para activar el sistema de RPPJ, por un lado, es necesario que el delito atribuible sea ejecutado por una persona física (presupuesto pero no fundamento de imputación); y, por otro, para determinar la responsabilidad de la persona jurídica se debe valorar las cuestiones de afectaciones propias, y no buscar en las de la persona física. Lo indicado, indudablemente, ubica el análisis ante la necesidad de conocer si en caso de concurrencia, ¿todas las circunstancias que afectan la RPPF, no afectan a las de la persona jurídica? o ¿acaso sólo no les afectan algunas y otra u otras si?

Las interrogantes planteadas *supra* no son baladí, son determinantes para los propósitos procedimentales penales contra las entidades. En efecto, y para responder con fundamento las cuestiones advertidas, por un lado ha de plantearse la necesidad de inferir la intención del legislador a la hora de incorporar frases «*así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad penal*»; para estos propósitos, habrá que partir del entendimiento del alcance de las circunstancias que afectan la responsabilidad penal.

Respecto de las circunstancias que afectan la responsabilidad penal, en Ecuador la determinación de la RPPF dogmáticamente se sujeta al análisis de las categorías de la teoría del delito. De ahí que, como advierte FEIJOO SÁNCHEZ para el caso de España, «*el concepto de delito cometido por la persona física es, necesariamente, el concepto de delito del art. 10 CP, entendido como delito toda acción y omisión dolosa o imprudente penada en abstracto por la Ley, es decir toda conducta típica y antijurídica*»²²⁰. En esta línea de análisis, es delito para el caso de Ecuador conforme al art. 18 COIP, toda conducta típica antijurídica y culpable sancionada en la Ley.

De ahí que, si se ha de admitir que la comisión de un delito por parte de la persona física es el presupuesto para determinar la RPPJ, corresponde clarificar qué elementos o circunstancias que afectan ese delito han de afectar a la RPPJ.

En línea de lo advertido, dado que el legislador ha sugerido autonomía respecto de las circunstancias –en plural– que afectan la RPPF, en principio, parece que su intención fue que todas las circunstancias de afectación indicadas en el párrafo anterior a favor de la persona física, no se deberán tomar en consideración en los casos de concurrencia de responsabilidades a favor de la jurídica. Dicho en otros términos, cuando se esté procesando a una persona jurídica y a una física de aquellas indicadas en el art. 49, si a ésta se le aplica

²²⁰ «Las características básicas», cit., p. 70.

alguna de las afectaciones o causas de exclusión indicadas, de ello no se beneficiará la persona jurídica. Con esto se respondería positivamente la primera interrogante planteada²²¹.

Frente a lo planteado, se presenta otra opción que consiste en la posibilidad de que las afectaciones no sean totales. Así, las causas de exclusión de la antijuridicidad conocidas también como causas de justificación, según la doctrina especializada mayoritaria²²² sí afectan la RPPJ, ya que como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, si lo que se pretende es garantizar el cumplimiento de la legalidad por parte de las personas jurídicas, no tendría razón responsabilizar e imponer sanciones cuando no exista o no se pueda verificar una conducta antijurídica²²³.

De ahí que, siguiendo a la doctrina indicada, la segunda interrogante planteada debería responderse –por ahora²²⁴– afirmativamente, pero sólo en los casos de las causas de exclusión de la antijuridicidad; es decir, en caso de que en una persona física o natural se verifique una causa de exclusión de su antijuridicidad, ésta deberá afectar también la RPPJ. De esta forma, al menos, se podrá mitigar un poco la ausencia expresa de eximentes de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Por otro lado, en el caso de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal, ha de entenderse que tampoco le afectan las agravantes sean constitutivas o no constitutivas y modificatorias o no; es decir, la persona jurídica conforme al sistema de RPPJ ecuatoriano, no será objeto de agravación de la pena.

En el segundo caso (letra b), y continuando con el análisis de concurrencia, el texto señala tres casos puntuales que no permitirán modificar ni extinguir la RPPJ. Se trata de los casos de muerte, elusión de justicia, y sobreseimiento²²⁵ de la persona natural (aunque éste último

²²¹ De este parecer es GONZÁLEZ SIERRA, P., «La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014. De ser positiva la postura de la totalidad de afectación, se concuerda con la postura minoritaria de la doctrina que por medio de este autor sugiere admitir también a las causas de exclusión de la antijuridicidad como causa de no afectación de la culpabilidad penal de la persona jurídica.

²²² Entre otros, BACIGALUPO SAGESSE, S., «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en AA.VV. J. Zugaldía Espinar, E. B. Marín de Espinosa Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 67-102; DE LA MATA BARRANCO, N., «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en AA.VV., N. de la Mata Barranco (coord.), J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 227-248; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las características básicas», cit., pp. 70-71. En España, la doctrina mayoritariamente se ha inclinado por considerar como circunstancias de afectación de la culpabilidad de la persona jurídica a las causas de justificación o de exclusión de la antijuridicidad (art. 20 4,5 y 7), dejando a salvo como no afectaciones, las demás situaciones previstas en el art. 20; es decir que, únicamente cuando concurren causas de exclusión de la antijuridicidad en la persona física, también se afectará la RPPJ.

²²³ «Las características básicas», cit. p. 70, nota al pie 4.

²²⁴ Esto es, provisionalmente, por cuanto más adelante, en el análisis de las categorías de la teoría del delito, se plantee una opción diferente.

²²⁵ Al respecto, en el caso español, se ha de considerar la necesidad de distinguir los motivos del sobreseimiento; así, por un lado, de tratarse de un sobreseimiento por cuestiones de atipicidad de los hechos procesados, terminará beneficiando a las dos clases de personas; pero si se trata de un sobreseimiento por la imposibilidad de acreditar la culpabilidad de la persona física o

caso a mi juicio, resulta de necesaria aclaración o al menos delimitación, en el sentido de que, como se verá en su momento, cuando el sobreseimiento sea por la no existencia del delito atribuible, se plantee la posibilidad de afectar o no la RPPJ cuando concurren en un proceso penal una persona natural y una jurídica).

2.3.- Extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Finalmente, la norma del art. 50 en su primer inciso, al regular la concurrencia, advierte un caso que puede generar confusión o al menos incertidumbre cuando señala que la RPPJ no se modifica ni extingue «*porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales*». En este sentido, valga la aclaración realizada *supra*, de que no se trata de que la RPPJ se torna inextinguible con la advertencia de no extinción. Al contrario, de lo que se trata es de determinar los alcances de la extinción de la RPPJ en su propia actividad delictiva y no en la de su persona física que generó el «*hecho de referencia*».

De ahí que, la RPPJ bien puede extinguirse por cualquiera de las causas que extinguen la pena contempladas en el art. 72 del COIP, con excepción, obviamente, de las penas señaladas para los delitos imprescriptibles. Mayor análisis de esa situación se verá en el epígrafe de las penas de este Capítulo.

Respecto de la extinción de la acción, cuando ésta beneficie a la persona física, no tendrá por qué beneficiar la persona jurídica. Por lo que, de igual forma que para el caso de la extinción de la pena, ha de valorarse las causas de extinción de la acción propias de la persona jurídica. Esta situación, por implicar cuestiones eminentemente procesales, se abordará en el Capítulo III de este trabajo destinado al análisis del proceso penal de la persona jurídica.

2.4.- Responsabilidad sucesiva o continuada

Pese a que, como se ha advertido *supra*, el legislador ecuatoriano en la Exposición de Motivos del COIP no ha dicho nada puntual respecto de la introducción en el país de la RPPJ; sin embargo, de seguro debió haber coincidido con la preocupación del legislador español, quien ya en la reforma de 2010 en el Preámbulo de la LO 5/2010, respecto de la denominada

por su demencia sobrevenida entre otros, no terminará beneficiando a la persona jurídica. En el caso ecuatoriano, sin embargo, el sobreseimiento tiene efectos diferentes al caso español, como se verá en el capítulo III.

«cláusula de cierre»²²⁶ del art. 130.2²²⁷, advertía que con la regulación se pretende evitar que se burle la RPPJ, por lo que, a decir de FEIJOO SÁNCHEZ se está frente al caso de una «cláusula anti-elusiva»²²⁸.

El segundo inciso del art. 50 regula los casos de la denominada «responsabilidad sucesiva»²²⁹ o continuada, en los que tampoco se extingue la RPPJ. Estos casos comprenden la fusión²³⁰, transformación²³¹, escisión²³², disolución, liquidación, y cuando se ha aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley²³³. Bajo esa cualquier otra modalidad de modificación prevista en la LC o en cualquier otra ley, pueden presentarse los casos de absorción advertida dentro de la misma fusión, las transformaciones de sucursales de compañías extranjeras de derecho privado, de compañías privadas con fines de lucro a privadas sin fines de lucro, de corporación a fundación. Empero, cabe cuestionarse si la regla procede o no cuando se trata de cambios de empresa privada a empresas de economía mixta; de momento²³⁴ se avizora una posible laguna de punibilidad, dado la ausencia regulatoria de RPPJ de Derecho público.

Volviendo al caso de las personas jurídicas de Derecho privado, no se trata de perjudicar la actividad empresarial de quienes adquieran de buena fe la propiedad de una empresa, la que quizás en el momento de la adquisición no presente problemas judiciales. Pero sí se busca con esta cláusula, además de evitar que la RPPJ sea burlada, que el sector corporativo observe esa *due diligence* o *diligencia debida* en todo momento de su actividad empresarial, más aún, a la hora de adquirir bajo cualquier figura una empresa existente.

²²⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», con BAJO FERNÁNDEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 297-300.

²²⁷ El art. 130.2 CP señala que «La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

²²⁸ «La extinción de», cit., p. 298.

²²⁹ Esa ficción es creada «de manera tal que la responsabilidad es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente», LAVIA HAIDEMPERGHER, L.; DE ARTAZA, M., «La responsabilidad penal», cit. p. 1-4. En Ecuador esa responsabilidad es transmitida en los casos anotados en el segundo inciso del art. 50 del COIP.

²³⁰ Regulada en los arts. 337 al 344 de la Ley de Compañías, se produce cuando: a) Dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; y, b) Una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.

²³¹ La LC en el art. 330 señala que «Se transforma una compañía cuando adopta una figura jurídica distinta, sin que por ello se opere su disolución ni pierda su personería. Si la transformación se opera de conformidad a lo dispuesto en esta Ley no cambia la personalidad jurídica de la compañía, la que continuará subsistiendo bajo la nueva forma», luego desde el art. 331 al 336 se norma aspectos relativos a la transformación.

²³² Conforme al art. 345 de la Ley de Compañías, consiste en la división de la compañía en una o más sociedades acordada por la junta general de socios.

²³³ El art. 50 inciso segundo señala que «Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley».

²³⁴ Este asunto abre un profundo debate que se proyecta en una investigación que por ahora, por cuestiones de espacio, rebasa los límites de este trabajo.

El legislador ecuatoriano ha incorporado a la disolución como causa de no extinción de la RPPJ, contrario a lo que ocurre en España en donde la disolución sí extingue la RPPJ, excepto cuando se trate de una «*disolución fraudulenta o meramente aparente*» encaminada a evadir la responsabilidad penal²³⁵. Esta advertencia, ubica la discusión académica ante la necesidad de reflexionar la RPPJ frente a esta clase de disolución.

2.4.1.- La situación de la disolución fraudulenta o aparente y la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica

El art. 50 del COIP no menciona nada respecto de la denominada «*disolución fraudulenta o aparente*», por lo que, queda en tela de duda su consideración para los efectos advertidos en este artículo. Y aunque si bien la norma contiene una fórmula final abierta que implica «*cualquier otra modalidad de modificación*», sin embargo, de seguido advierte que debe estar «*prevista en la Ley*». Dado que la «*disolución aparente*» no se encuentra regulada en ninguna ley extrapenal ni tampoco el COIP hace mención de ella, no tendría cabida para los efectos penales²³⁶ al amparo del principio de legalidad. Contrario a lo que ocurre por ejemplo, en Argentina²³⁷, Bolivia²³⁸ o España²³⁹ donde se la regula de forma expresa a efectos de la «*responsabilidad sucesiva*»²⁴⁰.

Y es que, por los mismos motivos de política criminal por los que se ha regulado la denominada «*responsabilidad penal sucesiva o continuada*», debió también ser incorporada de forma expresa la figura de la «*disolución fraudulenta o aparente*». Ello, porque, como se advirtió *supra*, la regulación no prevé esa posibilidad y eso no obstante de que *de lege lata*, a menudo ocurren estos tipos de disoluciones se dan en la práctica.

²³⁵ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La extinción de», cit., pp. 299-300.

²³⁶ La fórmula abierta contenida en la parte final del segundo inciso del art. 50, entre otras posibilidades, podría haber dado margen al tratamiento penal de esta figura, sin embargo, en la medida que se cierra con una advertencia legal, parece no dar opción a esta posibilidad.

²³⁷ El segundo inciso del art. 3° de la Ley 27.401, respecto de la disolución aparente señala que ella se presenta cuando la persona jurídica «*de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos*».

²³⁸ El numeral 5 de art. 67 del Código de Sistema Penal de Bolivia, respecto de esta figura señala que «*Se entiende por disolución aparente cuando la persona jurídica continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados*».

²³⁹ El art. 130.2 del CP contiene la advertencia de no extinción de la RPPJ por la denominada disolución encubierta o meramente aparente.

²⁴⁰ Con esta clase de responsabilidad, se pretende evitar que se eluda denominada la RPPJ originaria y/o verdadera. 194. GRISSETTI, R., «Ley de responsabilidad penal empresaria. Ley 27.401. Aproximación al análisis de sus disposiciones» en: *elDial.com* - DC24E7, 2018, disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&t=s&id=10513>, CARASSAI, H.; DURINI, F., «Un punto acerca de la denominada "Responsabilidad Sucesiva" del Régimen de Responsabilidad Penal aplicable a las personas jurídicas privadas», 2018, disponible en: <http://www.abogados.com.ar/un-punto-acerca-de-la-denominada-responsabilidad-sucesiva-del-regimen-de-responsabilidad-penal-aplicable-a-las-personas-juridicas-privadas/20890>

En efecto, puede que quizás la intención del legislador sea la de evitar que la RPPJ se burlada, cuando las entidades habiendo cometido una infracción y para efectos de evadir su responsabilidad penal se disuelvan (disolución fraudulenta); o también, que habiéndose disuelto continúen su actividad comercial (disolución aparente). Sin embargo, en ambos casos se está frente a entidades sin personalidad jurídica, lo que torna cuestionable la RPPJ ya que como se ha dejado indicado *supra*, a estas entidades no les es aplicable esta clase de responsabilidad penal. Además resulta incongruente, por ejemplo, disolver a una entidad que de pleno derecho ya está disuelta. De ahí que, lo correcto hubiera sido seguir el modelo español, y establecer que únicamente la disolución fraudulenta y la aparente no extinguen la RPPJ, en tanto que la disolución de pleno derecho, sí; a menos que la intención del legislador sea la de que la disolución aparente y fraudulenta queden tácitamente incluidas en el término disolución.

Si la intención del legislador es la indicada, habrá que distinguir dos situaciones en las que se pueda activar o no activar el sistema de RPPJ. Así, por un lado, cuando una persona jurídica se haya disuelto en derecho y continúe su actividad, y en esta condición cometa una infracción atribuible, por haberla ejecutado ya sin personalidad jurídica, no le cabe el sistema de RPPJ²⁴¹. Pero, por otro lado, si el delito fuere cometido por la entidad antes o en el proceso de disolución, no se reportan trabas legales para que posteriormente, una vez que la entidad deje de ostentar personalidad jurídica, sea investigada, procesada y de ser el caso responsabilizada penalmente a título de RPPJ; al igual que si una vez iniciadas las investigaciones o un proceso penal –sin que todavía se dicte alguna medida cautelar– la entidad se disuelve fraudulentamente, no se reportarían trabas para la determinación de su RPPJ.

Pero si lo indicado *supra* no es la verdadera intención del legislador, ubica el análisis en la necesidad de advertir que por ahora, se estaría frente un vacío regulatorio contrario a propósitos políticos criminales. Por ende, se torna necesario en este sentido y *de lege ferenda* la incorporación de una cláusula o al menos la ampliación a la cláusula de cierre existente, que permita evitar que la RPPJ sea burlada también por esta figura aparente. A no ser, como se ha dejado indicado, que la figura de la disolución empleada por el legislador ecuatoriano en el art. 50, infiera también los casos de la no advertida disolución aparente; pero de ser así,

²⁴¹ Contrario a lo que ocurre en España con el referido art. 130.2 que en el Apartado segundo textualmente señala que «No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ello».

de todas maneras, sigue siendo incompleta la regulación ya que no matiza los casos²⁴² en los que para los efectos de RPPJ, se aplique la figura de disolución fraudulenta o aparente.

3.- Teoría del delito y persona jurídica

3.1.- La conducta penalmente relevante

El art. 22 del COIP²⁴³ al establecer la relevancia de la conducta penal, clasifica a ésta en acciones u omisiones. La ley ecuatoriana emplea la denominación genérica de conducta para referirse al comportamiento con relevancia penal, al contrario de la tradicional consideración de acción que hacen otras legislaciones²⁴⁴. Sin embargo, más allá de esas diferenciaciones que quizás el legislador las considere formales –aunque en el fondo no lo sean como refieren los estudios de GROLMAN y de FEUERBACH²⁴⁵–, corresponde analizar esa conducta activa u omisiva diferenciada en el art. 23²⁴⁶, como modalidades de comportamiento atribuible a las personas jurídicas.

En esa empresa, para que se atribuya responsabilidad penal a una persona jurídica en Ecuador se requiere como presupuesto «*el hecho generador de conducta punible*» que realiza la persona natural. Aunque si bien, no hay que desconocer ni dejar de lado este requisito previo que constituye el punto de partida de la RPPJ, sin embargo, ya en su valoración dogmática, este presupuesto ha de ser considerado únicamente «*de referencia*»; por lo que, la conducta penalmente relevante de las personas físicas también ha de ser meramente referencial. De ahí que, se debe centrar la atención en la actuación propia de la persona jurídica.

Así, por un lado, la concepción de acción recogida en la legislación penal ecuatoriana que a decir de algunos es finalista²⁴⁷, constituye el punto de partida del debate respecto de la capacidad de acción de la persona jurídica. En esta dirección, se entiende a la acción como el ejercicio de la actividad final humana diferenciada del suceso de la naturaleza²⁴⁸. Sin

²⁴² Como se observa, por ejemplo, en el art. 130.2 del CP de España cuando señala que «*Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos*».

²⁴³ El art. 22 del COIP señala que son «*Conductas penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables*».

²⁴⁴ El art. 10 del CP de España al referirse al delito señala que él consiste en «*las acciones y omisiones*». El Código Penal de Perú en el art. 11 señala que «*son delitos y faltas las acciones u omisiones*».

²⁴⁵ Reflexiones puntuales sobre los trabajos de GROLMANN Y FEUERBACH respecto de la acción como conducta penal relevante puede verse en RADBRUCH, G., *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

²⁴⁶ Conforme la regulación ecuatoriana, la conducta penalmente relevante de la persona jurídica será también atribuible a título de acción u omisión. La capacidad de acción esta medida en su contracara, las causas que la excluyen.

²⁴⁷ Vid. Por todos, RODRIGUEZ MORENO, F., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Editorial Cevallos, Quito, 2018.

²⁴⁸ Vid. GARCÍA FALCONÍ, R., *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, Edit. ARA, Lima 2014.

embargo, aunque se vislumbre el apego a la Escuela Finalista, cuestiones como las conductas omisivas e imprudentes²⁴⁹ son contrarias a la estructura que engloba el concepto final de la acción,²⁵⁰ por lo que, el panorama en esta línea de pensamiento podría complicarse a la hora de abordarlo en la valoración de una posible conducta penalmente relevante imputable a una persona jurídica.

Desde la edad media se abordó la problemática de la capacidad que tenía el ente colectivo para delinquir²⁵¹. Luego, SAVIGNY recurriendo a la teoría de la ficción²⁵², refería que los sujetos artificiales y sin voluntad no eran capaces de realizar actos ilícitos por ellos mismos, por ende, no eran responsables ni se les podría imponer una pena. Postura que sin duda, mantenía incólume hasta entonces al aforismo *societas delinquere non potest*, mismo que comenzaría a sentir los primeros achaques en la Europa anglosajona con el reconocimiento de la capacidad de acción criminal corporativa en varios países de esa latitud.

En la actualidad, la cuestión en la región no está del todo consolidada a pesar que ciertas legislaciones han incluido la RPPJ. Así por ejemplo, en Chile a efectos de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.393 de 2 de Diciembre de 2009²⁵³, WEEZEL se pronuncia en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y respecto a la capacidad de acción cuestiona la denominada organización empresarial sofisticada, dinámica y que se retroalimenta permanentemente, como condición crucial para explicar el actuar penal de la persona jurídica; en tal dirección, razona el autor, el significado del Derecho penal de actos, concluyendo que «*esta realidad puede ser crucial desde el punto de vista sociológico y de la teoría de las organizaciones, es sin embargo secundaria desde el punto de vista jurídico*»²⁵⁴.

A nivel suprarregional, hay quienes acuden a la figura de la autoorganización para equiparar la acción de las personas jurídicas al de las personas naturales. Así, GÓMEZ-JARA explica que la capacidad de autoorganización que tiene la persona jurídica, resulta funcionalmente equivalente a la capacidad de acción que tiene una persona física²⁵⁵, para lo cual parte de la idea de los sistemas sociales autopoieticos trabajados por Luhmann²⁵⁶, y por ende, de las

²⁴⁹ Vid. RODRIGUEZ MORENO, F., «Curso de Derecho Penal». Este autor al analizar el caso ecuatoriano concluye también que «*la falencia del finalismo, así, autónomamente considerado, radica en la dificultad de considerar los delitos imprudentes (culposos) en los cuales la acción corporal no tiene la finalidad de producir directamente el mal causado*», cit., p. 185.

²⁵⁰ Vid. JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ta ed., Comares, Granada, 2002

²⁵¹ Esta cuestión histórica véase en FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Ed. Reus, Madrid, 1929.

²⁵² Con la teoría de la ficción desarrollada por SAVIGNY, a las personas jurídicas no se les podía imputar responsabilidad penal por la sencilla razón de que ellas no pueden actuar con culpa o dolo.

²⁵³ Esta Ley contempla una regulación que introduce en Chile la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

²⁵⁴ VAN WEEZEL, A., «Contra la responsabilidad», cit., p. 120.

²⁵⁵ «¿Qué modelo de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 177-205.

²⁵⁶ Vid. URTEAGA, E., «La Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann», *Contrastes Revista Internacional de Filosofía* vol. XV, 2010, pp. 301-317.

concepciones del Derecho como «*sistema autopiético de la sociedad global*»²⁵⁷ que justificarían la capacidad de acción de las corporaciones desde el prisma constructivista.

Asociando la postura del autor al caso ecuatoriano, esa capacidad de autoorganización encontraría su punto de partida en el derecho de asociación que la CRE garantiza a las personas físicas y a las corporaciones²⁵⁸. De ahí que, no sería bien visto el hecho de que teniendo derechos y capacidad de autoorganizarse para sus fines empresariales, se desconozca o ignore esa capacidad de organización ante una eventual comisión delictual por el mero hecho de ser ente no humano. Es precisamente, ese reconocimiento que se les otorga a las personas jurídicas, lo que les permiten llevar a cabo el ejercicio de participación dentro de las relaciones sociales²⁵⁹. Sería entonces esa capacidad de organización que posee la entidad, la que ha de considerarse a la hora de justificar ese comportamiento o conducta penal sobre el cual se edificará su responsabilidad²⁶⁰, aunque ello contradiga las tradicionales nociones que sobre la acción se reflexionan con G. RADBRUCH²⁶¹.

Corresponde, entonces, ir perfilando el análisis respecto de esa capacidad de organización de la persona jurídica con implicaciones penales, eso sí, dirigiendo siempre la mira en la posible responsabilidad propia de la entidad y no en la de sus personas físicas; es decir, en el fundamento de su responsabilidad, esto es, en su organización defectuosa (es allí donde se debe valorar los otros elementos de imputación de los arts. 49 y 50). Ello por dos razones, por un lado, se corre el riesgo de asumir tácitamente el sistema vicarial de responsabilidad penal; y por otro, existe una traba legal que la contempla el art. 50. Cuestión diferente es que se quiera aportar al debate de la RPPF individual o colectivamente consideradas²⁶² contempladas en el art. 49 y, consecuentemente, al debate de su comportamiento activo como presupuesto para su responsabilidad personal.

Entonces, desde un prisma funcionalista, asumido la capacidad de organización de la persona jurídica como el equivalente a la capacidad de acción –conducta penalmente relevante– de la persona física, constituye esa capacidad organizacional la base sobre la que se ha de

²⁵⁷ TEUBNER, G., *El derecho como sistema autopiético de la sociedad global*, ARA Editores, Lima, 2005. Para este autor, en traducción de GÓMEZ-JARA «*la realidad social de la persona jurídica se encuentra en la colectividad: la autodescripción socialmente vinculante de un sistema de acción organizado como un vínculo cíclico de identidad y acción*».

²⁵⁸ Así, si el Estado le confiere a las corporaciones la potestad de agruparse y organizarse para el desarrollo de sus objetivos o finalidades empresariales, les advierte también, tácitamente, la necesidad de regularse de forma correcta para no lesionar bienes jurídicos protegidos; además de ese derecho asociativo se les garantiza otros derechos como el honor, la libertad (en el sentido de la no exclusión del mercado), y el patrimonio, véase en este sentido a BUSTOS RAMÍREZ, J., «La responsabilidad penal», cit., p. 17.

²⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J., «La responsabilidad penal», cit., p. 21.

²⁶⁰ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., p. 40.

²⁶¹ «El concepto de», cit., p. 100 y ss.

²⁶² Cfr. VASQUEZ CEVALLOS, F., *Punto de inflexión de la imputación objetiva en el Código Orgánico Integral Penal*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2016.

edificar su responsabilidad penal²⁶³ a ser analizada dogmáticamente en sede de la teoría del delito.

3.2. Tipicidad y responsabilidad penal de la persona jurídica

Respecto de la tipicidad y su anclaje en la RPPJ, cabe la reflexión que se proyecta en dos direcciones desarrolladas a continuación.

3.2.1.- Sobre el juicio de tipicidad en la persona natural generadora del hecho de referencia de RPPJ

Esta posibilidad no presenta problema alguno en la medida que ese juicio sea para imputarle individual o colectivamente –como persona física– responsabilidad penal por la comisión de uno de los delitos del *numerus clausus*. Luego, en la medida que la imputación individual o colectiva como persona natural se convierte en presupuesto de RPPJ, podría tornarse un poco compleja la situación a la hora de acreditarla cuando no se pueda determinar a la persona física y, por ende, no se pueda verificar en ella el juicio de tipicidad. En este caso, cabe reflexionar o si se estaría ante la posibilidad de una asunción directa que no necesariamente requiere ese juicio de imputación en la persona natural, o acaso se estaría ante la no RPPJ. Posibilidades éstas que se desarrollan en el siguiente apartado.

3.2.2.- Sobre el juicio de tipicidad propio en la persona jurídica

Este caso presenta una solución a medias a las posibilidades planteadas en el apartado anterior. En efecto, no es que no exista RPPJ cuando no se pueda determinar a la persona natural y por ende aplicarle el juicio de imputabilidad, toda vez que la independencia y la concurrencia, precisamente permiten la determinación autónoma de esa RPPJ respecto de la natural y viceversa. Sin embargo, toda vez que no existe regulación específica expresa en sede de tipicidad que visualice la posibilidad de una defectuosa organización como presupuesto de RPPJ, sumado a la ausencia de regulación expresa de programas de cumplimiento que permitan eximir esa responsabilidad penal, genera en principio ciertas dudas, respecto de si en realidad el juicio de tipicidad recae o no sobre la defectuosa organización; y de ser así, no se conoce cuáles han de ser los presupuestos del tipo defectuoso, a menos que la intención del legislador sea que la falta de control sobre los

²⁶³ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., p. 104.

trabajadores señalada en el art. 49, constituya el único presupuesto de tipicidad propia de la persona jurídica. De todas formas, la regulación del art. 49 exige la participación de una persona natural en la ejecución del «*hecho de referencia*», y es ahí donde se queda a medias esta posibilidad, a no ser que se admita una autorresponsabilidad basada en la falta de control, en la que, el presupuesto de la participación de la persona natural sea solamente referencial para efectos de determinar por imprudencia la RPPJ. No obstante, a continuación se analiza la posibilidad de un injusto propio de la persona jurídica.

3.2.3.- El injusto de la persona jurídica

Algunos autores, sucesivamente, se han preocupado por abordar el tema del injusto de la persona jurídica. Así, con LAMPE asoma la denominada teoría del injusto del sistema, la que en esencia pregona un injusto por la «*capacidad de organización de la capacidad ajena*»; BOTTKE de su lado, al amparo de la teoría del injusto por la organización de contactos sociales no permitida, defiende un injusto por la «*atribución de competencias sobre la organización de contactos sociales*»²⁶⁴; y finalmente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, partiendo de la determinación de los conceptos comunes organización y riesgo permitido que encierran el concepto de injusto abordado en las teorías precedentes, y con énfasis en la capacidad de organización de la persona jurídica trabajada por LAMPE, defiende una teoría del injusto de la persona jurídica por su autoorganización defectuosa, en el que aboga por un injusto propio de la persona jurídica, y al que lo considera como «*un defecto de organización que supera el riesgo permitido*»²⁶⁵.

En Ecuador, si se aboga por una imputación de RPPJ por el hecho propio, habrá que asumir también la posibilidad de un injusto propio de la persona jurídica a efectos de marchar en consonancia con el principio de culpabilidad y de individualidad de las penas. Luego, es determinante la consideración del «*hecho de referencia o conexión*» únicamente como presupuesto de imputación (no como fundamento de la RPPJ) al amparo de modelo por autorresponsabilidad, y considerar a la defectuosa organización como el verdadero fundamento de la RPPJ. En tal sentido, cuando el defecto de organización supere el riesgo permitido se estará frente al injusto propio de la persona jurídica. De ahí que, a la luz de aproximaciones analíticas de *equivalencia funcional* se advierta también que en el caso

²⁶⁴ Véase con profundidad respecto de lo esgrimido por LAMPE y BOTTKE, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», con BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 121-141.

²⁶⁵ «El injusto típico», cit., p. 126.

ecuatoriano, la conducta no permitida de la persona física se equipara al defecto de organización de la persona jurídica²⁶⁶.

3.2.4.- Imputación objetiva

Considerado el defecto de organización injusto objetivo de la persona jurídica, corresponde ubicarlo en la parte objetiva del tipo, apartándolo por consiguiente de aspiraciones subjetivas encaminadas a considerarlo como el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica. De ahí que, al pertenecer a esta categoría del tipo, habrá que probarse, como advierte GÓMEZ-JARA, al menos indiciariamente por parte de la acusación, reservándose la persona jurídica el aporte de los respectivos contraindicios²⁶⁷. Luego, la teoría de la imputación objetiva²⁶⁸, permitirá sin mayores inconvenientes, el análisis del injusto de la persona jurídica en esta sede.

Al amparo de la teoría de la imputación objetiva fraguada en la persona física, el análisis de la RPPJ no presentaría problema alguno a la hora de acreditar cuestiones de riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y competencia o autorresponsabilidad de la víctima, criterios en los que bien se puede ubicar la defectuosa organización por cuestiones entre otras, de ciudadano empresarial medio y programas de cumplimiento²⁶⁹. De ahí que, la imputación objetiva construida desde la posición de garante, importa para los fines punitivos de la persona jurídica.

Pese a que la imputación objetiva no sea de regulación expresa ni tampoco *la purga de Benito* con la que se resuelvan todos los problemas de tipicidad²⁷⁰, se trata de un mecanismo suprallegal basado en un «*método de interpretación restringida de la ley penal, fundado en razones sistemáticas de diverso orden: eficiencia, división del trabajo, ámbito de dominio,*

²⁶⁶ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., pp. 105-106.

²⁶⁷ Vid. «Fundamentos de la», cit., pp. 105-106.

²⁶⁸ La teoría de la imputación objetiva cuestionada por el finalismo en el sentido de que por un lado, parte de la tradicional concepción causal de la acción, y por otro, de la asimilación de las características del delito culposo al doloso, requiere un análisis aunque breve, para efectos de ir justificando o no su posible aparcamiento también en materia de RPPJ. Y es que, puede que los finalistas tengan razón cuando indican que la imputación objetiva plantea el análisis de ciertos aspectos característicos del delito culposo y los generaliza en su aplicación también al delito doloso, o lo que es igual, pretende el análisis de cuestiones propias del delito imprudente también en el delito doloso; sin embargo, es también válido otro criterio que antepone la posición de garante como eje central de construcción de la teoría de imputación objetiva (SU.1184 de 2001, reiterada en Sentencia C-692 de 2003), en la que, la distinción entre delito doloso o culposo no tendría incidencia ya que dichas modalidades pertenecerían al tipo subjetivo. Pese a ello, ha de advertirse que «*en el análisis de las conductas punibles culposas se constata la realización del incumplimiento del deber objetivo de cuidado (tipo objetivo) sí, conforme a la teoría de la imputación objetiva, el resultado causado por el autor o partícipe le es atribuible, porque con su conducta ha creado un riesgo o peligro para el objeto de la acción, no abarcado por el riesgo permitido y, además, dicho resultado se ha cristalizado en el resultado típico causado*», ZAVALA EGAS, J., «Responsabilidad penal de», cit., p. 32.

²⁶⁹ GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «Fundamentos de la», cit. p. 105-106; al respecto concluye que «*el equivalente funcional de la tipicidad objetiva o de la conducta no permitida de la persona física es el defecto de organización de la persona jurídica*», aclarado que se trata de cuestiones externas propias del tipo que nada tienen que ver con la culpabilidad.

²⁷⁰ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

etc.»²⁷¹. En el caso ecuatoriano, el art. 25 del COIP al establecer la relevancia penal de los tipos, deja fuera de la esfera de punición cualquier conducta que no reporte trascendencia penal, de ahí que, parece que el COIP adopta criterios de la teoría de la relevancia, dejando fuera del ámbito valorativo cualquier simple relación de causalidad en beneficio de consideraciones jurídicas²⁷².

Entonces, en la línea elegida para explicar el análisis de la teoría del delito de la persona jurídica en el caso ecuatoriano, en la medida que se asuma al defecto de organización de la persona jurídica como el equivalente funcional de la tipicidad objetiva o de la denominada conducta no permitida de la persona natural o física²⁷³, cabe su análisis dogmático cuando corresponda valorar la conducta objetiva en la persona jurídica en el que el eje central es su defectuosa organización, dejando por ende, el análisis del dolo y la imprudencia al análisis siguiente de la imputación subjetiva.

3.2.5.- Imputación subjetiva

Para que una persona responda por la comisión de una conducta penalmente relevante debe actuar con dolo o culpa. «Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta» (art. 26 COIP); y con culpa, quien «infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso» (art. 27 COIP). Partiendo de esta necesidad, corresponde establecer estos elementos subjetivos del tipo en la persona jurídica.

Así, si como se ha dejado advertido, la regulación ecuatoriana de la RPPJ se adscribe al modelo de autorresponsabilidad basado en la culpabilidad por defecto de organización, la tendencia a establecer la imputación subjetiva en la persona que genera el «hecho de conexión» es la que predominará. En esta ruta, algunos autores nacionales centran el análisis del dolo y la culpa en la persona física²⁷⁴, algún otro autor en esa misma línea ha dicho que el elemento subjetivo es la pretensión del beneficio²⁷⁵ desde la persona física hacia la jurídica. Estos criterios terminan irremediablemente –como se ha podido observar– ubicando al dolo o la imprudencia en el actuar de la persona física, con lo que al final, no se llenan las expectativas de la tipicidad subjetiva de la propia persona jurídica y, por ende, no se cumpliría

²⁷¹ CARO CORIA, D., La imputación objetiva en la jurisprudencia penal peruana, disponible en:

https://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4643_03imputacionobjetiva_20.6.16.pdf

²⁷² Esta observación se puede encontrar por ejemplo, en la Sentencia 23157 de 2007 de la Sala de Casación Penal de Colombia a cargo del Juez Ponente Yesid Ramírez Bastidas.

²⁷³ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., pp. 105-106.

²⁷⁴ En este sentido véase a ZAVALA EGAS, J., «Responsabilidad penal de», cit., pp. 49-52.

²⁷⁵ Así lo entiende típicamente MILA, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho ecuatoriano», *Revista Ius et Praxis*, núm. 1, 2020, pp. 149-170.

con las reglas de imputación del sistema penal ecuatoriano, evidenciándose una suerte de responsabilidad objetiva. Surge entonces la necesaria interrogante ¿cuál es el injusto subjetivo propio de la persona jurídica? Frente a la complejidad que en el caso ecuatoriano implica dar respuesta a esta interrogante, a continuación esgrimiré algunas aproximaciones elaboradas por la doctrina especializada con el fin de sugerir un posible aparcamiento en regulación local.

Así, una opción para efectos de ir perfilando el análisis de la tipicidad subjetiva propia de la persona jurídica, asoma con modernas concepciones de lo que ha de considerarse como dolo para los efectos penales. En este sentido, se sostiene que al dolo «*se lo imputa funcionalmente conforme a la medida de la concepción social*»²⁷⁶. A groso modo, esta asunción del dolo implicaría que se lo valore materialmente en el injusto objetivo y subjetivamente lo determine el juzgador²⁷⁷ conforme a la concepción social.

En línea con lo indicado, se apuntan criterios que sugieren una imputación subjetiva basada en el conocimiento colectivo de la persona jurídica (*collective knowledge*)²⁷⁸. Según esta propuesta doctrinaria, en ciertos casos se puede atribuir a una corporación el conocimiento de una infracción a todos sus miembros, es decir, se le atribuye a la empresa la suma del conocimiento delictual de todos sus integrantes. Esta idea se fundamenta en que solamente así se podrá hacer frente a la dificultad que implica el descubrimiento de una infracción en la complejidad estructural de una empresa, cuando se pretenda por la entidad una falta de conocimiento del delito²⁷⁹. Luego, de esta doctrina parte la necesidad de imputación de un «*conocimiento organizativo a la persona jurídica*», en el que, a decir de GÓMEZ-JARA, «*lo decisivo son los indicios*» relevantes, en la medida del conocimiento individual del riesgo de la persona natural o física²⁸⁰. Sin embargo, de todas formas, aunque sea en porciones y al final la suma de conocimientos individuales implique el *mens rea* de la persona jurídica. En el fondo parece que se sigue valorando la actuación de la persona física, a menos que lo que se desprenda de la idea del autor, sea que esos indicios se valoren independientemente de la necesidad de concurrencia de la persona natural, pues, solamente así se podría explicar los casos de ausencia o no determinación de la persona física que ha generado la infracción o «*hecho de conexión*», en los términos de los arts. 49 y 50 del COIP.

²⁷⁶ HEINE, G., «Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», con BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 121-141.

²⁷⁷ Al respecto, postulados finalistas sostienen que el dolo y la culpa una vez probados en el injusto objetivo, subjetivamente se encuentra en la cabeza del juez.

²⁷⁸ Teoría extraída de la doctrina jurisprudencial norteamericana, *United States v. Bank of New England*, 821, F.2d 844 (1st. Cir. 1987).

²⁷⁹ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El injusto típico», cit., p. 139.

²⁸⁰ IBIDEM.

En todo caso, lo importante de la propuesta del autor radica en la advertencia de dos supuestos básicos para fundamentar la imputación subjetiva de la persona jurídica: la idea de que el dolo está referido al conocimiento de un riesgo; y, consecuentemente, que se lo debe imputar en base a indicios (la primera idea se apoya en la doctrina del conocimiento colectivo y la segunda en la relevancia de los indicios)²⁸¹. Finalmente el autor plantea dos posibles causas de exclusión de la tipicidad propia de la persona jurídica: la falta de constatación de que la persona física ha actuado con dolo o con imprudencia; y, el hecho de que pudiéndose constatar dolo e imprudencia en la persona física, no existan indicios suficientes o relevantes para imputar a la entidad un conocimiento organizativo del riesgo²⁸².

En la idea de identificar la imputación subjetiva de la persona jurídica, asoman otros autores según los que, las personas jurídicas ya en el plano cognoscitivo bien pueden conocer el dolo o la imprudencia²⁸³. En esta misma línea cognitiva del dolo y partiendo de criterios objetivos, se ha llegado a sostener que de tratarse de una peligrosidad objetiva relevante de la denominada conducta organizacional, se estará frente a una imputación dolosa; pero, si se trata de una peligrosidad objetiva menor, la imputación será culposa²⁸⁴.

Lo indicado permite ubicar el debate ecuatoriano de la tipicidad subjetiva en dos frentes: el primero, como ha quedado advertido a inicio de este tema, corre el peligro de ubicar la RPPJ ante una responsabilidad objetiva; y el segundo, partiendo de la concepción social de dolo e imprudencia y apartándose de los conflictos que genera el modelo de culpabilidad por defecto de organización, asumir una imputación subjetiva propia de la persona jurídica basado en el conocimiento organizativo del riesgo. Y es que, si ha de asumirse que el defecto de organización no es el reproche de la persona jurídica sino su injusto típico, una vez probado en sede de la imputación objetiva, su conocimiento riesgoso deberá valorarse en sede de la tipicidad subjetiva; para lo cual, *de lege ferenda* se plantea la necesidad de introducir regulación penal expresa de ciertas cuestiones sobre el defecto de organización y programas de cumplimiento como eximente, pues, en la actualidad su naturaleza es solamente atenuante.

²⁸¹ En este sentido el autor ha definido al dolo de la persona jurídica como el *conocimiento organizativo del riesgo*, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

²⁸² Vid. GÓMEZ-JARA, DIEZ, C., «El injusto típico», cit., p. 141.

²⁸³ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comunitario. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115, 2007 CGPJ, pp. 163-188.

²⁸⁴ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

3.3.- Antijuridicidad y persona jurídica

El debate de la antijuridicidad en la persona jurídica parte necesariamente de la reflexión respecto de si ¿puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma?²⁸⁵ Esta interrogante ha sido respondida negativamente por quienes o se oponen a la RPPJ, o por quienes admitiéndola, se decantan por una responsabilidad vicarial; o inclusive, por quienes admitiendo una responsabilidad penal autónoma, exigen el conocimiento de la antijuridicidad por parte de la persona física.

Así, asoman criterios que negando la capacidad de acción de la persona jurídica, sostienen que formal o materialmente no se puede asumir la antijuridicidad de hechos de imposible realización²⁸⁶; en la misma línea, algún otro de forma parca, concluye que dado a que la persona jurídica carece de los elementos volitivos de conciencia y voluntad indispensables para llevar a cabo una conducta penalmente relevante, no se les puede aplicar el conocimiento de la antijuridicidad²⁸⁷; o en fin, que no habiendo una RPPJ constituye un error aplicar la teoría del delito a la persona jurídica²⁸⁸.

Otros criterios en los que asumiendo la responsabilidad por el hecho propio, y partiendo de que la intervención de la persona física que genera el «*hecho de conexión*» es sólo presupuesto formal, destacan la necesidad de que, pese a que no haga falta una conducta culpable ni la sanción a la persona física, si se necesita al menos que esta una persona física que realice –como presupuesto de imputación– un hecho típico y antijurídico²⁸⁹. De ahí que, cuando se explica la independencia y autonomía de responsabilidades, se concluye que en la medida que las causas de justificación (exclusión de antijuridicidad) si afectan a la RPPJ, será presupuesto indispensable el injusto de la persona física, aunque ésta no haya podido ser identificada. Pese a que *a priori* esta última línea argumentativa infiera de todas formas que el conocimiento de la antijuridicidad debe encontrarse en la persona natural, se puede notar que no se trata de que se determine la culpabilidad de la persona física para que se pueda responsabilizar penalmente a la jurídica, sino más bien, de determinar que existe un injusto antijurídico cometido por una persona física (de las que pueden generar el «*hecho de conexión*»).

²⁸⁵ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., « ¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEAC sobre el art. 179 LGT», *ADPCP*, vol. LXIV, 2011.

²⁸⁶ Como afirma PÉREZ ARIAS, J., *Sistemas de Atribución de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, J. Peris Riera (dir.), Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2013.

²⁸⁷ Cfr. ACUÑA SACOTTO, D., *Imputabilidad de las personas jurídicas en el ecuador: naturaleza penal de las consecuencias accesorias*, E. Morales Morales (dir.), Tesis de Grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016.

²⁸⁸ Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «El error de emplear la teoría del delito para establecer la llamada responsabilidad de las personas jurídicas», disponible en: <https://hernanhormazabalmalaree.com/2018/03/14/el-error-de-emplear-la-teoria-del-delito-para-establecer-la-llamada-responsabilidad-de-las-personas-juridicas/>

²⁸⁹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las características básicas», cit., p. 69.

Ya en un anclaje al caso ecuatoriano, el COIP señala que para que una conducta penal, esto es, «*las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables*» (art.22), sea antijurídica «*deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido*» (art. 29). Como se observa, la regulación ecuatoriana más allá de permitir argumentaciones tradicionalistas centradas en la concepción humana del sujeto, presenta un horizonte que permite también argumentaciones dogmáticas pro RPPJ, y si a ello se suma la regulación de los arts. 40 (inciso segundo) y 50 (inciso primero) que imponen la independencia y la autonomía de responsabilidades entre personas físicas y jurídicas, se puede inferir la necesidad de un análisis del conocimiento de la antijuridicidad de la persona jurídica.

En esa advertida necesidad y conforme a los postulados doctrinales que de manera somera se han destacado *supra*, corresponde, por un lado, ir pensado en la posible inexistencia de antijuridicidad de la persona jurídica si se pretende asumir un modelo vicarial o una responsabilidad objetiva (la antijuridicidad de la persona física se transfiere a la jurídica); y, por otro, asumiendo una responsabilidad por el hecho propio, ir pensando en la posibilidad de un conocimiento de la antijuridicidad de la persona jurídica. La primera opción por ser contraria al sistema constitucional ecuatoriano resulta cuestionable; y la segunda, en la medida que se observe una regulación que permita esa posibilidad, resultaría adecuada. Sin embargo, para efectos de establecer si se está frente a un conocimiento de la antijuridicidad propio de la persona jurídica es necesario partir del análisis puntual del texto del art. 50 del COIP.

En efecto, el art. 50 al establecer que la RPPJ no se extingue ni se modifica cuando se presentan circunstancias que afectan, agravan o inclusive, extinguen la responsabilidad penal de la persona natural o física, lo que está indicando es que se tiene que buscar un conocimiento de la antijuridicidad en la propia persona jurídica para efectos de que por ésta vía, se pueda establecer su responsabilidad penal; o lo que es igual, que debe buscarse en la propia persona jurídica –no en la persona física– las causas que puedan excluir su responsabilidad penal.

Para explicar la premisa planteada, ha de acudir a un caso puntual que se observa en el Derecho comparado. En España FEIJOO SÁNCHEZ advierte que conforme al art. 31 *ter.2* CP un límite a la RPPJ consiste en el hecho de que no se pueda determinar que un delito atribuible haya sido cometido por una persona física, o también que, verificándose la conducta delictiva constituya o se verifique respecto de ella una causa de justificación; luego, a esta posibilidad llega el autor en la medida que de un análisis a la citada norma, al no abarcar a todas las causas que afectan la responsabilidad penal sino solamente a aquellas que afectan

a la culpabilidad, se ha de sobreentender que las circunstancias que llegan a excluir la antijuridicidad sí terminan afectando a la RPPJ²⁹⁰. Distinta es la situación en el caso ecuatoriano, en el que, no solamente se refiere a los casos que afectan la culpabilidad, sino a todos a los que afecta la responsabilidad penal, incluidas las causas de justificación o de exclusión de la antijuridicidad²⁹¹; de ahí que la lectura que se desprende del primer inciso del art. 50, sea la de que el legislador –consciente o inconscientemente– ha optado por un injusto, un conocimiento de la antijuridicidad y una culpabilidad propios de la persona jurídica.

Advertida la necesidad de la determinación del conocimiento de la antijuridicidad propia de la persona jurídica en los términos del art. 50, el legislador ecuatoriano ha sintonizado con la necesidad de observar el principio de culpabilidad y el de individualidad de las penas, entre otros principios informadores del Derecho penal; y a la vez, con ello, desechando concepciones que implican responsabilidad objetiva, ha reforzado la idea de que las personas jurídicas respondan penalmente por cuestiones ajenas al actuar de las personas naturales o físicas²⁹².

3.4. Culpabilidad y persona jurídica

La culpabilidad es uno de los temas que más ha generado discusión en el debate de la RPPJ, es por ello que en este apartado, sin pretender profundizar en esa discusión y previo a desembocar en su análisis normativo puntual en el sistema local de la RPPJ, se aborda brevemente el arribaje de este concepto al ámbito de las organizaciones o entidades jurídicas.

Así, partiendo de la necesaria aproximación a un concepto de culpabilidad para efectos de explicarla en el ámbito empresarial, se ha de diferenciarla como principio de culpabilidad o responsabilidad (en sentido amplio), de la culpabilidad sistemática (en sentido estricto). El primero, entendido como principio, necesariamente tiene que estar presente no sólo a la hora de sancionar a personas naturales, sino en cualquier clase de consecuencia penal²⁹³, avizorándose por esta línea una posibilidad a la persona jurídica. El segundo, como categoría del reproche a la conducta penal antijurídica valorada en la teoría del delito, es decir, un juicio normativo en el que el fundamento radica en la autoconciencia y en la libertad (aspectos estrictamente humanos), cuestiones con las que tropieza la persona jurídica. En líneas generales, abandonando la culpabilidad en estricto sentido, y desde una visión de principio

²⁹⁰ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las características básicas», cit., p. 70-71.

²⁹¹ Esta era la intención del legislador en el Proyecto de 2007 y en el Anteproyecto previo a la reforma de efectuada mediante LO 5/2010, Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las características básicas», cit., p. 70. Aunque, siendo común el denominado «*hecho de referencia*» no tendría sentido distinguir entre antijuridicidad de la conducta de la persona física y de la persona jurídica.

²⁹² Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., « ¿Puede una persona», cit., p. 11.

²⁹³ Vid. GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

de culpabilidad (sentido amplio) y en la medida que como argumenta GOENA VIVES, si ha de considerarse a la persona jurídica «*desde una concepción valorativa como centro de derecho y deberes, cabe predicar de ella una culpabilidad como principio*» que cubra de legitimidad su castigo²⁹⁴; de ahí que, se observará respecto de cualquier forma de castigo que se pretenda para la entidad, fiel observancia al citado principio.

A lado de argumentos con pretensiones *de lege ferenda* como el advertido en el párrafo anterior que finalmente sugieren una «*atribución*» y no imputación de responsabilidad a las personas jurídicas para efectos de imponerles no penas sino «*correctivos*»²⁹⁵ y salvar problemas de fondo de culpabilidad; existen otras propuestas, las que partiendo de argumentos críticos, advierten dificultades normativas y conceptuales a la hora de trasladar el concepto de culpabilidad individual a las entidades colectivas, y sugieren una «*responsabilidad estructural*»²⁹⁶ en la que no tendría calado la culpabilidad en la medida que la persona jurídica no tendría esa autonomía que llegue a justificar su reproche penal²⁹⁷.

Frente a esas y otras propuestas negadoras de culpabilidad en las personas jurídicas, asoma todo un andamiaje teórico que no ha surgido improvisado a la hora de abordar la culpabilidad empresarial; sino que por el contrario, a lo largo de varios años ha realizado valiosos aportes que no deben ser desconocidos a pretexto de oponerse a la asunción de una culpabilidad propia de la persona jurídica.

Así, teorías como aquellas que buscan fundamentar la culpabilidad a partir de la conciencia especial de la persona jurídica, explican que ésta responderá penalmente por los hechos delictivos que surjan a partir de la decisión conjunta de sus miembros, o por la toma de decisión del órgano competente basada en la formación de la voluntad de la persona jurídica²⁹⁸. La teoría de la culpabilidad de la persona jurídica por su espíritu normativo, de calado un tanto similar a la culpabilidad funcional del órgano²⁹⁹, identifica la culpabilidad de ésta con la de todos los miembros; se trata de una «*culpabilidad colectiva*» o culpabilidad por el «*espíritu colectivo*» en la que –y por lo que recibió muchas críticas– todos los integrantes de la persona jurídica son culpables³⁰⁰ en la medida que como intuye al respecto GÓMEZ-JARA, cuando una persona física participa en una persona jurídica lo hace fundamentada en un concreto deber de actuar, el que en la medida que se adapte a los fines que persigue la

²⁹⁴ «Responsabilidad penal y», cit., p. 156.

²⁹⁵ GOENA VIVES, B., «Responsabilidad penal y», cit., p. 375.

²⁹⁶ CIGÜELA SOLA, J., «La culpabilidad colectiva», cit. pp. 291 y ss.

²⁹⁷ Vid. CIGÜELA SOLA, J., «La culpabilidad colectiva», cit., p.385.

²⁹⁸ Vid. HAFTER, E., *Die Delikts-und Straffähigkeit der Personenverbänden*, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de la persona jurídica» con BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi SA, Cizur Menor, 2016, pp. 143-219., pp. 153-154.

²⁹⁹ Vid. SCHROTH, H.-J., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte: eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., pp. 155.

³⁰⁰ Esta teoría fue desarrollada por BUSCH, R., *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbaende*, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., p. 154.

entidad no debe lesionar a la sociedad³⁰¹. Las teorías de culpabilidad por las no evitaciones fallos organizativos³⁰², y de las influencias criminógenas³⁰³, parten de la distinción entre la proscrita o prohibida culpabilidad colectiva y la culpabilidad de la persona jurídica; fundamentando la primera, la culpabilidad de la entidad por no haber evitado los fallos organizativos, pero exigiendo al final la necesaria «*porción humana*» para valorar en ella el elemento subjetivo del tipo; luego, la segunda, atribuye la culpabilidad por la actuación fallida de su representante. La culpabilidad por el «*carácter de la empresa*»³⁰⁴ abona al andamiaje de la denominada culpabilidad por el defecto de organización de la persona jurídica. En línea con la anterior, la «*culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial*»³⁰⁵ aboga por una especie de culpabilidad por una actuación operativa defectuosa llevada a cabo a lo largo del tiempo³⁰⁶.

Finalmente, la discusión actual entre quienes abogan por una culpabilidad propia de la persona jurídica, enfrenta dos posicionamientos que basados un punto de partida común como es el defecto de organización, se muestran contrarias a la hora de fundamentarla. En efecto, por una parte algunos autores en línea de lo propuesto por TIEDEMANN, abogan por una culpabilidad propia de la persona jurídica por su defecto de organización³⁰⁷. Esta teoría, parte de la necesidad de identificar un «*hecho de conexión*» a partir del cual se responsabilice penalmente a la persona jurídica por haberse organizado de manera defectuosa; es decir, una persona jurídica será responsable por permitir que en su seno una persona física cometa una infracción penal. Luego, en la misma línea que las teorías precedentes que adoptaron el concepto de defecto de organización, esta clase de culpabilidad presenta dos problemas que han cuestionado su eficacia. En efecto, por un lado, ubican al defecto de organización en sede de la culpabilidad, es en esencia la culpabilidad de la persona jurídica aunque en ocasiones se funde con el injusto; y por otro lado, impide o al menos complica la regulación de atenuantes propias para las personas jurídicas.

Por otro lado, frente a las dificultades dogmáticas que acarrea la culpabilidad por defecto de organización, GÓMEZ-JARA abanderando un «*concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica*» que se sustenta en una deformación del cumplimiento de la legalidad, es

³⁰¹ Cfr. «La culpabilidad de» cit., pp. 143-219.

³⁰² Vid. HIRSCH, H.-J., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., pp. 155-156.

³⁰³ Vid. EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., pp. 156-157.

³⁰⁴ LAMPE, E., «Systemsunrecht und Unrechtssysteme», citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., p. 157.

³⁰⁵ HEINE, G., *New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience or Viceversa?*, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., pp. 157-158.

³⁰⁶ En este sentido es explicada la teoría de HEINE por GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La culpabilidad de», cit., p. 158.

³⁰⁷ En España BACIGALUPO SAGESSE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)» Diario La Ley núm. 7541, 2011, pp. 1-18; BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad penal y», cit., p. 2; ZUGALDÍA ESPINAR, J., «Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada por el Código Penal español por la LO5/2010, de 22 de junio)», *La Ley Penal*, núm. 76, 2010, pp. 1-12.

decir, en el establecimiento de la denominada «*cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad*», aboga por una «*culpabilidad de la persona jurídica por su cultura de cumplimiento*»³⁰⁸; en este sentido, en una suerte de equivalencia funcional, se explica que así como el rol del ciudadano común fiel al Derecho tiene capacidad de cuestionar la vigencia de la norma, el «*ciudadano corporativo*» persona jurídica también³⁰⁹. Con esta teoría, a decir del propio autor, se busca resolver los problemas que acarrea la teoría de la culpabilidad por el defecto de organización respecto por un lado, de la ubicación de ese defecto en la culpabilidad, esto en el sentido que bajo presupuestos de esta teoría el defecto de organización ya no es la culpabilidad propia de la persona jurídica, sino que ahora pasa a su injusto que fundamenta la RPPJ, como se ha venido refiriendo en varios pasajes de este Capítulo; y por otro lado, permite salvar problemas que impiden o dificultan la regulación o la aplicación de atenuantes específicas para las personas jurídicas³¹⁰. Además, juega un rol fundamental en este planteamiento, los programas de cumplimiento normativo.

3.4.1.- La culpabilidad de la persona jurídica en Ecuador

Reglada en el art. 34 del COIP, la culpabilidad refleja en el sujeto activo el reproche de su conducta activa u omisiva comprobada en escena de la tipicidad y valorada en el conocimiento de la antijuridicidad de la norma. Es decir que, para que se declare la culpabilidad de una persona, se requiere el previo análisis o juicio de su conducta en sede de la tipicidad y de la antijuridicidad. El presupuesto legal invocado pese a su aspiración finalista³¹¹, propicia también la acepción funcionalista en la medida que se ha desprendido de la noción causal de dolo y culpa en su sede. Esta premisa es importante para entender que tal como la regula el COIP, no presentaría más allá de su discusión doctrinal, problemas a la hora de justificar la RPPJ. Y esto es así, toda vez que es en sede de la tipicidad, concretamente, en el análisis de la imputación objetiva, donde como se indicó *supra*, se acreditaría el injusto de la persona jurídica –su defectuosa organización más allá del riesgo permitido–; luego, su reproche sería por su infidelidad al Derecho valorada únicamente a título de dolo en el caso ecuatoriano. De ahí que, el reproche se funda en las consecuencias de esa defectuosa organización: la inobservancia de la cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad³¹², con lo que se estaría propiciando en Ecuador a través de la RPPJ un mensaje

³⁰⁸ «La culpabilidad de», cit. p. 164-165.

³⁰⁹ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad de», cit., p. 165.

³¹⁰ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad de», cit., p. 164.

³¹¹ Dado a la reforma que sufrió el Derecho penal ecuatoriano a raíz de la puesta en vigencia del COIP, en donde, entre otras cuestiones, el legislador ha incorporado al dolo y la culpa en el apartado de la tipicidad, existen voces que se decantan por una aproximación finalista del mencionado cuerpo legal.

³¹² Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

destinado a las entidades a guardar u observar esa cultura de cumplimiento de la legalidad³¹³. Sin embargo, y sin entrar en razonamientos más profundos que tienen que ver con cuestiones dogmáticas del principio de culpabilidad, y contrario con lo que aquí se ha indicado, se ha de reconocer que pese a que en algunas legislaciones se ha introducido la RPPJ, no es menos cierto que desde hace algún tiempo hay una fuerte resistencia a la hora de justificar la culpabilidad por el hecho propio, al punto que se ha llegado a determinar que la culpabilidad de la persona jurídica siempre se va a tratar de una culpabilidad atribuida a la entidad por el hecho de otro³¹⁴.

De todas formas, entendida la culpabilidad como responsabilidad penal, se la concibe como la consecuencia jurídica del delito, y consiste en el sometimiento del condenado a la potestad sancionadora del Estado mediante el cumplimiento de una pena³¹⁵. De ahí, se infiere que son tres los aspectos que debe contener la noción de responsabilidad penal: a) consecuencia jurídica, b) estado de sometimiento, y c) la imposición de una pena, aspectos que también son considerados en el debate de la RPPJ.

La regulación ecuatoriana al igual que la española y la de varios países de la región, no especifican culpabilidad o categorías específicas para las personas jurídicas, no obstante contienen referencias regulatorias que en un análisis sistemático, permiten asumir la necesidad de apuntalar hacia su asunción independiente a la hora de establecer la RPPJ. Así, en el país, partiendo de la regulación que de culpabilidad señala el art. 34 del COIP, para considerar penalmente responsable a una persona, ésta debe ser imputable y «*actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta*», se vislumbra la necesidad de que el «*juicio de reproche*» se verifique en toda clase de personas a las que se pretenda responsabilizar superadas las respectivas causas de exclusión. En este sentido, parece que la intención del legislador ecuatoriano al considerar penas a las sanciones impuestas a las personas jurídicas (art. 71), al regular con la concurrencia de responsabilidades la no extinción ni modificación de la RPPJ (art. 50), sumado a la independencia de responsabilidad (art. 49 inc. tercero), no hace otra cosa que direccionar al juzgador en la necesidad de que a la hora de sancionar a una persona jurídica, determine de forma independiente su culpabilidad³¹⁶.

Sin embargo, parece que por ahora el legislador ecuatoriano se ha decantado dogmáticamente por la teoría de la culpabilidad por el defecto de organización de la persona jurídica. Lo advertido se puede sostener, porque ya en el plano normativo el art. 49 presenta,

³¹³ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la», cit., pp. 124.

³¹⁴ Vid. BAJO FERNANDEZ, M., «Culpabilidad y persona», cit., p. 21.

³¹⁵ Vid. RODRIGUEZ COLLAO, L., «Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal», *Revista de Derecho Valparaíso*, núm. 36, 2011, pp.397-428.

³¹⁶ Sobre la culpabilidad propia o independiente de la persona jurídica Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad de», cit., pp. 178 y ss.

por un lado, una regulación que permite visualizar que se está ante la presencia de un defecto organizativo (modelo por autorresponsabilidad); y por otro, porque dado a las dificultades que esta teoría implica a la hora de establecer atenuantes para la persona jurídica, el legislador ecuatoriano las había obviado en la primera regulación, aunque en la actualidad, con las reformas del año 2021 ya se incorporan cuatro atenuantes de RPPJ. Sin embargo, en un análisis retrospectivo a la regulación inicial del sistema de RPPJ local, se podía observar que el «*hecho de conexión*» era el punto de partida para efectos de trasladar las atenuantes a la persona jurídica. Esto implicaba en el fondo una crítica más a esta teoría, en el sentido de fomentar modelos de imputación aunque basados en el defecto de organización, requieran como punto de partida un necesario «*hecho de conexión*» –que no sirve de «*referencia*»–, para efectos de fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica.

En consecuencia, en Ecuador, es al amparo del modelo de autorresponsabilidad en el que por ahora puede ser factible a la luz de lo esgrimido en este apartado y a lo largo de todo el epígrafe, la fundamentación de la culpabilidad de la persona jurídica (defecto de organización); no así todavía, si se pretende el sub modelo constructivista, toda vez que éste profundiza el justificativo de la culpabilidad en la *cultura de cumplimiento de la legalidad* por parte de la persona jurídica y por ende, en la exigencia de los programas de cumplimiento³¹⁷, instrumento éste último no contemplado expresamente en la regulación penal ecuatoriana como eximente de RPPJ.

Sin embargo, por cuestiones pragmáticas, y siendo ecuanimes con el discurso que en este epígrafe se viene sosteniendo, ha de abogarse por una culpabilidad fundamentada no en el defecto de organización, sino por una culpabilidad con fundamento en el incumplimiento de la legalidad o en la falta de cultura de cumplimiento de la legalidad por parte de la persona jurídica³¹⁸, en los términos de la propuesta constructivista³¹⁹; aunque para ello se tenga que sugerir *de lege ferenda*, la introducción de figuras que comulguen con este modelo como el *compliance* eximente de RPPJ.

³¹⁷ En este sentido, el autor que defiende este sub modelo, sugiere la necesidad de que «*la organización institucionalice una cultura de Compliance –esto es: de cumplimiento de la legalidad- puesto que ello es lo que acredita su fidelidad al Derecho. La carencia de la misma, por tanto, muestra una falta de fidelidad al Derecho o falta de disposición jurídica que amerita el reproche culpabilístico característico del Derecho penal*», GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad de», cit., p. 177.

³¹⁸ En España, al parecer, ésta es la línea de pronunciamiento del TS en la STS 154/2016, de 29 de febrero.

³¹⁹ Por todos y para un análisis más detallado, véase a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad de», cit. pp. 170 y ss.

IV. Ejecución, participación, circunstancias de la infracción y penas de la persona jurídica

1.- Planteamiento

El legislador ecuatoriano en el Capítulo II, Título I del Libro Primero del COIP, regula las formas de ejecución de la infracción penal. En efecto, los arts. 39 y 40 regulan la tentativa, y el desistimiento y arrepentimiento, respectivamente. Estas figuras merecen ser introducidas en el debate de la RPPJ local, de cara a orientar una responsabilidad penal no meramente formal sino estrictamente material.

Por otro lado, bajo la denominación de participación, el COIP regula formas de autoría, coautoría y complicidad en los arts. 42 y 43, respectivamente. Luego su debate respecto de la RPPJ, ha de ser abordado en la medida que se analice tanto una participación interna cuanto una externa entre persona jurídica y física de su seno o jurídica asociada; o entre personas jurídicas y otras personas físicas sin vínculos o jurídicas no asociadas.

Respecto de las circunstancias de la infracción, sean éstas atenuantes o agravantes, ostentan la característica de accidentales, toda vez que dependen de su gravedad y no de las características del delito³²⁰, lo que implica que aquellas no son constitutivas propiamente de lo injusto de lo fáctico, tampoco de la culpabilidad del sujeto, sino de que están dirigidas a considerar la intensidad de las valoraciones que componen el tipo (lo injusto) o que determinan la reprochabilidad³²¹. Ahora bien, aunque cuando se introdujo en el Ecuador el sistema de RPPJ, el legislador obvió incorporar de forma expresa atenuantes y agravantes para las personas jurídicas, a partir de las reformas de 2021 introduce una agravante y cuatro atenuantes entre las que se cuenta el *compliance*.

Ya en materia de la pena, su concepto así como la función que cumple, constituyen el punto de partida para el entendimiento de «*persona y culpabilidad*»³²², dos presupuestos diferentes pero necesarios para justificar un régimen de sanción en apego a los principios informadores del Derecho penal. La pena que como consecuencia jurídico-penal por la comisión de un delito se impondrá a las personas jurídicas en los ordenamientos legales donde se ha admitido su responsabilidad penal, es uno de los temas que también ha generado cierto debate en la doctrina. Cuestiones como las que si se tratan de verdaderas penas o no, lo

³²⁰ Vid. GARCÍA FALCONÍ, R., «Código Orgánico», cit., p. 415. Además este autor indica que en otras legislaciones penales como la francesa y la alemana, estas circunstancias son reguladas en casos concretos en la parte especial.

³²¹ Cfr. RODRIGUEZ COLLAO, L., «Naturaleza y fundamento», cit., p. 410.

³²² GONZÁLEZ SIERRA, P., «La Responsabilidad penal» cit., p. 43.

referente a su especificidad, límites y extinción, son algunos de los temas que se reflexionarán en materia de la pena en este epígrafe.

En este epígrafe el discurso académico versará sobre figuras de la Parte General del Derecho penal ecuatoriano, ejecución de la infracción, como participación³²³, circunstancias de la infracción y penas, siempre, eso sí, dirigiendo la argumentación hacia la responsabilidad penal de la propia persona jurídica. Por lo que, el objetivo está encaminado a determinar si la regulación local de las referidas figuras es compatible o no con el sistema de RPPJ ecuatoriano³²⁴.

2.- Formas imperfectas de ejecución de la infracción penal y persona jurídica

Para el legislador ecuatoriano tanto la tentativa cuanto el delito frustrado tienen los mismos efectos punitivos, pese a tratarse de dos figuras diferentes del *inter criminis*. Y es que, el art. 39 al fundir esas dos formas imperfectas de delito al amparo de la tentativa, no deja margen regulatorio en contrario; señalando para esos casos, la consecuencia de una pena disminuida de uno a dos tercios de la que corresponda al delito consumado.

Ya en un análisis puntual de anclaje en materia de RPPJ, aquí se pretende un análisis de su procedencia o no como una forma imperfecta de ejecución de cualquiera de los delitos atribuibles a las personas jurídicas. Así, la tentativa conforme al art. 39 del COIP exige la realización de actos idóneos, entendiéndose esa idoneidad, en términos comunes, como lo «*adecuado y apropiado*» para los propósitos delictivos, y que bien podría verificarse en el seno de una persona jurídica cuando, por ejemplo, su defectuosa organización ha permitido que se pretenda cometer alguna infracción para su beneficio. Luego, se requiere además, que esos actos idóneos sean conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito del *numerus clausus*.

De una mirada al Derecho comparado, en España, a la luz de la regulación de 2010, ciertos autores explican la tentativa como forma de ejecución aplicable también a las personas jurídicas a partir del «*hecho de conexión*», por el que se atribuye el injusto objetivo y subjetivo de la persona natural a la jurídica. Estos criterios tienen consonancia con el sistema vicarial norteamericano. No obstante, y conforme lo advierte GONZÁLEZ SIERRA para el caso

³²³ El legislador ecuatoriano en el Capítulo III, Título I del Libro Primero del COIP, para efectos de referirse a las distintas formas de autoría así como a la complicidad, ha optado por una denominación genérica de participación como se observa en el título del citado Capítulo III.

³²⁴ Para alcanzar el objetivo propuesto, la investigación ejecutada fue documental; la recogida de información se realizó mediante la técnica del fichero de textos físicos de la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña, así como de textos digitales disponibles en Bases de Datos proporcionados por la referida Universidad, además de textos físicos de Bibliotecas particulares, artículos de revistas indexadas físicas y de la web; los métodos empleados en mayor o menor medida son los que se vienen empleando a lo largo de los anteriores epígrafes de este Capítulo.

español, la tentativa es dolosa, lo que frenaría las aspiraciones de esta figura al menos en los delitos imprudentes³²⁵.

Retomando el análisis comparativo, en España pese a que algún sector de la doctrina no está de acuerdo con que a las personas jurídicas se les aplique «*formas imperfectas de ejecución*» –como la tentativa³²⁶– bajo argumentos legales de especificidad, en el sentido de que siendo el art. 66 del CP el único que prevé las reglas penológicas para las personas jurídicas y nada dice al respecto de esta figura, no cabría una aplicación extensiva de los arts. 16 y 62 del CP que regulan la tentativa y su pena respectivamente. No obstante, la jurisprudencia española contrario a ese sector de la doctrina, se ha pronunciado condenando por tentativa a una persona jurídica de forma autónoma.

En Ecuador en cambio, no solamente que la doctrina no se ha pronunciado, sino que la jurisprudencia tampoco alcanza todavía a perfilar líneas de discusión en uno u otro sentido, lo que torna el panorama incierto, dado que si bien, por una parte podría responsabilizarse penalmente a una persona jurídica por tentativa; sin embargo, por otra parte, luego resultaría imposible atenuar en uno o dos tercios las penas no cuantificables como las clausuras, disolución, entre otras.

De su parte, el desistimiento y arrepentimiento del art. 40 del COIP verificable en el «*hecho de referencia*», prevería también la exención de la RPPJ por los delitos del *numerus clausus* tentados. En este caso se presentan dos posibilidades que merecen reflexión.

Así, por un lado, puede presentarse la duda respecto de si en caso de desistimiento o arrepentimiento de la persona física, de estar defectuosamente organizada la persona jurídica, debería también ésta quedar exenta de responsabilidad penal; o será acaso que solamente proceden estas figuras en las que están correctamente organizadas. Dos hipótesis que encuentran –a mi juicio– respuesta en el propio contexto de la norma y también el principio de legalidad y en la tipicidad. Y es que, el art. 40, al señalar que no obstante del desistimiento o del arrepentimiento habrá responsabilidad penal por los actos ejecutados, deja entrever que si los actos previos al arrepentimiento o desistimiento constituyen delito, ellos serán únicamente los motivos por los que en estos casos se responsabilice a la persona jurídica. Por otro lado, el defecto de organización como tal, no es un delito que se lo sanciona

³²⁵ Vid. «La Responsabilidad penal» cit., p. 459. Por su parte, en Ecuador, conforme al art. 39 del COIP, la tentativa cabe también sólo en los delitos dolosos, no obstante siendo dolosos todos los delitos del *numerus clausus* que se pueden imputar a una persona jurídica, en principio no encontraría la tentativa el reparo advertido por el autor.

³²⁶ Entre ellos, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», J.-M. Silva Sánchez, R. Robles Planas (dirs.), *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Atelier, 2013, pp. 15-42. Este autor considera que la punición a las personas jurídicas por la forma imperfecta de la tentativa tensiona el principio de legalidad, toda vez que, en la parte especial del CP de España, solamente se les responsabiliza por delitos consumados y por autoría. Otro de los que cuestiona la tentativa en la RPPJ si se asume el defecto de organización es GONZÁLEZ SIERRA, P., «La responsabilidad penal» cit., p. 459.

de forma independiente sin la verificación de un delito del catálogo, o lo que es igual, sin el «*hecho de referencia*»; por ende, no se podrá sancionar a la persona jurídica por más que ese desistimiento o arrepentimiento se haya ocasionado en el seno de su defectuosa organización, esto en atención a la tipicidad y al principio de legalidad.

Finalmente y por otro lado, de admitirse que se pueda responsabilizar penalmente a la persona jurídica por tentativa al amparo del art. 39, bajo justificativos de que su conducta – defectuosa organización imprudente o dolosa– bien pueda permitir que las personas físicas cometan actos idóneos conducentes de forma inequívoca a la realización de un delito imputable para su beneficio; se sugiere la necesidad que ante esa posibilidad, se estructure un mecanismo específicos que permita disminuir la pena también a las personas jurídicas, toda vez que, como está regulada en la actualidad resulta incompatible con ciertas sanciones.

3.- Teoría de la participación de la persona jurídica

Existen pronunciamientos doctrinarios diferentes respecto de la posibilidad o no de coautoría entre personas naturales y jurídicas en la comisión del mismo delito por el que se pretenda imputar RPPJ³²⁷. Más allá de esta discusión, cabe reflexionar la posibilidad de una «*coautoría y una coparticipación interna y externa*» como cuando, por ejemplo, en el primer caso, se pretenda valorar bajo esta situación el actuar delictivo de la persona jurídica con una personas física generadora del «*hecho de referencia*»; y en el segundo, cuando por ejemplo, una persona jurídica participa en un delito con otra que no es su asociada ni alguna de las personas naturales que pueden generarle RPPJ. Para efectos de abordar este planteamiento, habrá primeramente que establecer lo que ha de entenderse por *asociado*.

Así, en términos comunes se entiende por asociado a la persona que acompaña a otra persona en alguna comisión o algún encargo; y en términos jurídicos, «*a la persona que forma parte de una asociación o compañía*»³²⁸. Estas acepciones presentan dos situaciones sobre las que debe centrarse la necesaria asunción del término asociado. En efecto, pese a que en principio el significado común pareciera ceder ante el jurídico, luego, no es menos cierto que en la práctica bien puede servir para entenderlo como a cualquier otra persona que acompaña a la persona jurídica en la comisión delictual o en un encargo. En este caso el vínculo asociativo bajo parámetros estrictamente descriptivos –elementos descriptivos–, presenta una necesaria consideración a efectos de asumir coautoría o coparticipación; en tanto que,

³²⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoría y participación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», con BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 251-272.

³²⁸ RAE, Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=427QGBS>

en su acepción jurídica se plantea la necesidad de su consideración normativa –elemento normativo–, de cara a que bajo esa exigencia, solamente se considere asociado a quien bajo un vínculo jurídico forme parte de la persona jurídica.

Frente a la situación planteada, la Corte Constitucional deja entrever la necesidad de abordar el término asociado en la medida que al amparo del constitucional derecho de asociación, las personas formen parte de determinado organismo³²⁹; luego, la LC en el art. 159 prevé como asociados a quienes formen parte de las compañías societarias³³⁰; por su parte, el CC en los arts. 1962 y 1969 se refieren a él como parte de una sociedad contractual³³¹. De ahí que, conforme lo esgrime la jurisprudencia constitucional, la LC y el CC, habrá de entenderse el término asociado en estricto sentido normativo, como parte de una asociación, compañía o persona jurídica.

Como corolario de lo anterior, dentro del término asociado ha de considerarse también a las filiales de las personas jurídicas o a cualquier persona natural o jurídica con la que mantengan vínculos jurídicos o contractuales. Clarificada la situación, corresponde abordar la advertida posibilidad de «*coautoría y coparticipación interna y externa*».

Respecto de la posibilidad de que exista una especie de coautoría o coparticipación interna entre persona jurídica y la persona física, así como entre una persona jurídica y su asociada (persona jurídica o física), al amparo de modelos por autorresponsabilidad, al ser necesaria la participación de la persona natural en esa defectuosa organización de la jurídica, cualquier actuación fuera de esa defectuosa organización no configura el presupuesto para su responsabilidad penal; del mismo modo, en caso de dos personas jurídicas una matriz y una asociada o filial, habrá que considerarse la participación de la una en la defectuosa organización de la otra, caso contrario, de realizarse esa participación delictiva fuera de la organización defectuosa, no habría participación de aquella en ésta a título de RPPJ. Se vislumbra por ende, una necesaria actuación conjunta al amparo de un mismo delito corporativo, es decir, se requiere la necesaria consideración de las dos clases de personas como «*un todo*»; no pudiendo ser uno mismo autor y cómplice a la vez, ni coautor de uno mismo. Con otros términos, se requiere una sola actuación de dos sujetos –uno que genere el «*hecho de referencia o conexión*» y otro en el que se observe un defecto de organización

³²⁹ A este razonamiento se puede llegar de la lectura de lo indicado en el considerando cuarto de la Sentencia, cuando señala que «*El derecho constitucional de la libertad de asociación consagrado desde hace tiempo, va encaminado al derecho de agruparse para conseguir legítimamente un mejoramiento de su situación personal, laboral, etc. Sin embargo, la obligatoriedad de estar asociado para ejercer su profesión u oficio es lo que contraviene la norma constitucional, pues intrínseco al derecho de asociarse está el de desafiliarse, o nunca haberse asociado, haciendo que se respeten también las libertades individuales de las personas*», Sentencia N° 0003-10-SIN-CC.

³³⁰ Al respecto véase, LC art. 159 referente a la nulidad y los efectos entre los asociados.

³³¹ Esto cuando el CC por un lado, en art. 1962 se refiere al asociado como parte de una sociedad contractual, y por otro, cuando el art. 1969 se refiere a los plazos de principio de la sociedad y su aplicación en los asociados.

penalmente relevante³³², esto es, una persona jurídica—. Esto precisamente va a permitir que en casos de que no se pueda determinar o identificar a la persona física, partiendo de indicios de un posible delito de empresa, se inicie un proceso penal contra una persona jurídica sin necesidad de que se requiera de una coautoría o coparticipación con la persona física; y, por otro lado, en caso de que la persona física sea determinada, su actuación implica una sola autoría con la persona jurídica en el plano de la organización defectuosa.

Sin embargo, lo anotado *supra* no implica que en sede de responsabilidades individuales no se pueda establecer complicidades o coautorías, cuando por ejemplo, una persona física de una empresa participe con otra u otras como autores o como cómplices en un delito de aquellos que se impute RPPJ; es decir, cuando exista más de una persona física involucrada en un delito, deberá ser individualizada a la luz de sus respectivas formas de participación, sin que esto sea relevante para la RPPJ. Lo que se pretende con el argumento esgrimido en el párrafo anterior, es advertir que resultaría inadecuado considerar a la persona jurídica coautor o cómplice de la persona física que ha generado el «*hecho de referencia*», para efectos de establecer su grado de participación delictivo.

Luego, la «*coautoría y la coparticipación externa*» —entre la persona jurídica y otra persona jurídica o física fuera de su seno no asociada o sin vínculos jurídicos— no encontraría reparos a la hora de su valoración en sede de la teoría de la participación, en este caso el término asociado funciona en su vertiente común, como elemento descriptivo *persona que acompaña a otra en una comisión o encargo delictivo*.

En resumen, cuando las personas jurídicas y las personas físicas que generan el «*hecho de conexión o referencia*» cometen un delito en el seno de una defectuosa organización de una persona jurídica a la luz de los presupuestos del art. 49, solamente podrían ser consideradas autores, es decir, no cabría coautoría interna; ello no obsta que entre las diversas personas físicas se presenten diferentes grados de participación, pero en todo caso, ello no es relevante para la RPPJ. Luego, en caso de que se trate de uno o varios delitos del art. 49, cometidos por una persona jurídica de derecho privado con otra u otras personas jurídicas o naturales con las que no mantenga ningún vínculo asociativo, podría verificarse una posible autoría que puede ser directa, mediata, o inclusive a título de coautoría, y de ser el caso también una posible coparticipación a título de autoría y complicidad; es decir, en éste segundo caso, cabría coautoría y coparticipación externa.

³³² Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoría y participación», cit., pp. 270-272.

4.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona jurídica

Si como ha quedado advertido, los arts. 49 y 50 infieren la presencia de un modelo de imputación por el hecho propio con tendencias a fundamentarse en el sub modelo de culpabilidad por defecto de organización –intuido por cierto doctrinarios locales³³³, los problemas que representa este modelo³³⁴ con respecto a las atenuantes parece que impulsaron al legislador ecuatoriano en la primera regulación a no incluir atenuantes ni agravantes específicos para las personas jurídicas, en la misma medida que no ha considerado eximentes de RPPJ³³⁵. Luego, en una crítica a esa primaria regulación de RPPJ, al ser conforme a este sub modelo el «*hecho de conexión*» determinante, equivaldría que se transfiera las atenuantes de la persona natural a la jurídica –y aquí radica el problema por el que este sub modelo ha recibido críticas anti vicariales–, con las consecuentes dificultades que ello implica dado la diferencia de ciertas penas reguladas para una y otra clase de personas.

Previo a la reforma de 2021 que incorpora un sistema de atenuantes y agravantes para las personas jurídicas en el COIP, por más de un lustro –concretamente siete años– el panorama para las personas jurídicas se presentaba incierto, y urgía la necesidad de que la doctrina y la jurisprudencia se pronunciara al respecto, de cara a establecer criterios de compatibilidad amparados en argumentos de interpretación *pro garantista*, así como por necesidades político-criminales de autorregulación, para efectos de determinar cuál de las seis atenuantes indicadas en el art. 45 del COIP, eran compatible con la persona jurídica. De ese advertido análisis de compatibilidad, no podía escapar este trabajo. En efecto, los cuatro tipos de atenuantes *post delictivas* del art. 45, bien se las podía ser aplicar en beneficio de las personas jurídicas, si se quería desde un inicio, apartar de una posible responsabilidad objetiva o vicarial, y promover una responsabilidad respetuosa del principio de culpabilidad y sobre dodo de individualidad de las penas.

Así, las atenuantes de la intención voluntaria de anular o disminuir las consecuencias del delito y el auxilio inmediato a la víctima; la reparación o indemnización voluntaria a la víctima; la presentación voluntaria a las autoridades; y la colaboración eficaz con las autoridades en la investigación de la infracción, bien podían observarse en una persona jurídica a la hora de la individualización de la pena (art. 54 COIP). Empero, el problema radicaba en los mecanismos de aplicación (art. 44) al que había que acudir a la hora de la aludida

³³³ Aunque en sentido de delito autónomo o tipo penal específico de las personas jurídicas, Cfr. ZAVALA EGAS, J., «Responsabilidad penal de», cit., pp. 87-91.

³³⁴ En la medida que se asume la teoría del TIEDEMAN que fundamenta la culpabilidad de la persona jurídica en el defecto de organización.

³³⁵ El modelo de responsabilidad por defecto de organización de TIEDEMAN es criticado, entre otras cuestiones, por la inadmisión de causas de exculpación, Vid., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad de», cit., p. 163.

individualización de la pena. Esto por cuanto, para efectos de aplicar atenuantes, se requiere la verificación de la no concurrencia de agravantes; y ya que éstas no se apreciaban reguladas tampoco de forma específica para las personas jurídicas, había que realizar ese análisis de compatibilidad en las reglas del art. 49. Pero si al final de todo, se podía encontrar compatibilidad y posibilidad de observarlas en la persona jurídica, luego se presentaban dos problemas de fondo: por un lado, había que de todas formas determinarse una persona física para su verificación o cumplimiento *post delictual*; y por otro, existen en el COIP ciertas penas específicas de las personas jurídicas que resultaría no atenuables.

En la actualidad, además de las atenuantes para las personas jurídicas señaladas en los arts. 45.7 del Libro I del COIP, este cuerpo normativo contempla también atenuantes específicas en determinados tipos penales de su Parte Especial, y que para el caso de las personas jurídicas conforme al art. 259, la pena de multa se rebajará hasta un cuarto para los delitos contra el ambiente y la naturaleza. Lo que no queda muy claro es que si la rebaja es a un cuarto de la pena o un cuarto de ella, aunque de un análisis sistemático con los mecanismos generales, si la rebaja es a un cuarto de la pena mínima el beneficio es mayor al del mecanismo trascendental del art. 46; pero si es en un cuarto del mínimo, de todas formas seguirá siendo más beneficiosa pero ya no respecto de la trascendental sino del mecanismo del inciso segundo del art. 44; o puede que quizás, sea concurrente, y en cuyo caso, a los mecanismos de la parte general se sumen el de esta atenuante con lo que, la pena resulte bastante menor por la doble modulación; o puede que quizás, resulte electivo *pro reo*, la que más le beneficie a la persona jurídica.

Ahora bien, pese a que, como se ha venido indicado *supra*, en la actualidad el COIP contempla atenuantes propias para la persona jurídica, sin embargo, a mi criterio, la reforma se queda corta, o lo que es igual, sigue manteniendo incierto el panorama respecto de la aplicación de las atenuantes a las personas jurídicas. Esto, por cuanto, en la reforma no se han determinado los mecanismos de aplicación de las atenuantes. Por lo que, habrá que seguirse ateniendo a los mecanismos de aplicación fraguados para las personas naturales, señalados en el art. 44 inciso segundo del COIP que señalan que «*si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrán el mínimo previsto en el tipo penal reducida en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción*». En tal sentido, por un lado, toda vez que la clausura definitiva, la prohibición definitiva de contratar con el Estado, la disolución, la extinción, y el comiso, no resultan cuantificables, no cabría su atenuación; y, por otro lado, las penas de clausura temporal, actividades en beneficio de la comunidad, remediación integral, y la prohibición temporal de contratar con el Estado, pese a que podrían ser cuantificables en tiempos, no existen criterios de temporalidad que determinen rangos mínimos o máximos, de cara a que, en caso de que

se verifiquen dos atenuantes en la persona jurídica, ésta pueda atenuar su respectiva pena en un tercio del mínimo previsto en el tipo, como establece el citado art. 44 del COIP.

Respecto de la ausencia de criterios normativos de temporalidad de ciertas penas de las personas jurídicas, hasta la actualidad tampoco existen orientaciones jurisprudenciales locales que den pautas de la aplicación o no de los mecanismos en esta clase de penas en su imposición a la persona jurídica. Sin embargo, en un análisis razonable de posibilidad, cabe aventurarse a puntualizar una eventual aplicación de la siguiente manera: en primer lugar, habría que establecer criterios de permanencia y de temporalidad de las penas aplicables a las personas jurídicas, siendo factible la aplicación de los mecanismos solamente en las temporales, y por obvias razones, imposibles de aplicación en las permanentes.

En tal sentido, si por ejemplo a la luz del art. 218, se impone por el delito de desatención del servicio de salud³³⁶ la pena de clausura temporal a la persona jurídica, podría atenuarse en el aspecto de temporalidad, pero en todo caso previo a ello, debería establecerse el tiempo de duración de la clausura y solamente luego, y de concurrir atenuantes y no agravantes, conforme al primer mecanismo, se podría rebajar esa temporalidad en un tercio de la impuesta. Esta idea, sin embargo, debe tomar en consideración las otras reglas de individualización de las penas del art. 54, y para efectos de la previa aplicación del tiempo de duración de la clausura, la observancia del principio de proporcionalidad. Esto porque de no ser así, si se pretende justificar que la atenuación no es necesaria cuando directamente se impone un tiempo de duración de la clausura (supongamos que mínimo), atendiendo a la proporcionalidad, resultaría a todas luces una inobservancia a la regla 1 del art. 54 que regula la individualización o personalidad de las penas a través de las atenuantes y agravantes; cuando además, en la infracción concurren esas circunstancias y no sean tomadas en cuenta. En caso contrario, y de no ser factible la aplicación de los mecanismos de atenuación en las clausuras temporales, se vislumbra un tratamiento punitivo desigual a las personas jurídicas en cuestiones de docimetría penal.

En la pena de actividades comunitarias, los rangos temporales regulados en el art. 63 tornan factible la aplicación de los mecanismos. Así, según esa regla las horas de servicio comunitario tienen un tope máximo de doscientas cuarenta horas aplicables solamente para el caso de los delitos que sancionen con pena privativa de libertad de más de seis meses de prisión. En el caso de los delitos sancionados con hasta seis meses de prisión, el tope de horas comunitarias es de ciento ochenta. Luego, habrá que establecer qué actividades o

³³⁶ Es uno de los delitos por el que se puede procesar penalmente a las personas jurídicas conforme al último inciso del art. 218.

servicios han de entenderse por comunitarios y cuáles son los condicionamientos a los que se han de atener, aspectos que los delimita la norma³³⁷.

Entonces, si por ejemplo, en el delito por retención ilegal de aportación a la seguridad social (art. 242), a una persona jurídica se impone además la realización de actividades comunitarias por el tiempo de doscientas cuarenta horas conforme a la regla del inciso primero del art. 63 (ya que este delito contempla una pena de prisión de uno a tres años). En tal sentido, si la empresa persona jurídica decide pagar las aportaciones en tres meses, y el trabajo comunitario puede durar también esa cantidad al igual que la clausura de sus locales, en cuyo caso se debería prorratear el número de horas para el número de días, y si se aplica el servicio comunitario en atención al numeral 3 del art. 63, el tiempo de labor comunitaria será de tres meses (20 horas semanales). Hasta aquí no hay discusión en su aplicación. Empero, qué sucede si se verifican atenuantes o agravantes a favor de la persona jurídica ¿se aplica los mecanismos de rebaja o aumento del art. 44?

A primera vista se diría que resulta imposible atenuar el trabajo comunitario ya que el art. 63 solamente prevé rangos máximos. Sin embargo, en la misma línea argumentativa que para el caso de la clausura temporal, hay que sostener la posibilidad de que si una vez impuesto el servicio comunitario en base a la proporcionalidad, y si ese rango de servicio impuesto es menor a doscientas cuarenta horas (entendiéndose como mínimo a todo aquello menor al tope máximo), y si además se verifica atenuantes, debe también reducirse en un tercio de ese mínimo de horas de servicio comunitario impuesto; en cuyo caso, si el mínimo impuesto en el caso del art. 242, por ejemplo, es ciento ochenta horas, al aplicarse la rebaja de un tercio sería de ciento veinte.

Por su parte, en la pena de prohibición temporal para contratar con el Estado, al igual que el caso de las clausuras temporales de establecimientos, debería observarse cuestiones de temporalidad previstas en los rangos de las penas de prisión, es decir, si la pena es de uno a tres años los rangos de tiempo serían en igual sentido. Luego, de verificarse atenuantes o agravantes debería ser modulado también el tiempo de la prohibición temporal de contratar con el Estado en la forma de los arts. 44 y 45 del COIP.

En definitiva, conforme a la regulación penal actual de RPPJ, solamente la multa tiene rangos cuantificables en cantidades y, por ende, son las únicas que sin problema alguno podría

³³⁷ «1. Que se ejecuten en beneficio de la comunidad o como mecanismo de reparación a la víctima y en ningún caso para realizar actividades de seguridad, vigilancia para generar plusvalía o utilidad económica.
2. Que el tiempo para su ejecución no impida la subsistencia de la persona con condena, pudiendo ejecutarlo en tal caso después de su horario de trabajo, los fines de semana y feriados.
3. Que su duración diaria no exceda de tres horas ni sea menor a quince horas semanales.
4. Que se acorde con las aptitudes de las personas con discapacidades que hayan sido condenadas». (Art. 63, COIP).

atenuar la RPPJ. Frente a esta hipótesis queda servido el debate respecto de si ¿únicamente la pena de multa es atenuable en el sistema de RPPJ?

4.1.- Atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica

El reformado art. 45³³⁸ del COIP, introduce el numeral 7 que enumera cuatro atenuantes a la RPPJ, entre los que consta el *compliance*, que será objeto de análisis en el Capítulo siguiente.

Aunque el legislador ecuatoriano no haya hecho constar expresamente como sí lo hizo el legislador español³³⁹, no cabe lugar a dudas que tres de las atenuantes de RPPJ ostentan el carácter *ex post delicto*, es decir, se producen después de que se haya cometido un delito atribuible a la persona jurídica, con excepción del *compliance*, que conforme a la legislación ecuatoriana ostenta el carácter de *ex ante delicto*.

En la misma ruta comparativa, el legislador ecuatoriano a diferencia del español³⁴⁰, no ha determinado normativamente quien o quienes deberán acreditar las actividades atenuantes de RPPJ. De ahí que, habrá que partir de la premisa, que conforme al sistema de representación ecuatoriano serán los representantes legales de las personas jurídicas –al igual que en España– los llamados a ejecutar las actividades atenuantes de cara a que la entidad se acoja al beneficio de la modulación de la pena. Luego, queda la incertidumbre en los casos en que las actividades atenuantes sean acreditadas por otra persona que no sea el representante legal de la persona jurídica, y en cuyo caso cabe cuestionarse, ¿la realización de las actividades atenuantes por parte de otras personas naturales del art. 49 y que no sean los representantes legales, puede atenuar la RPPJ?

Para responder a esta interrogante, y ya que el COIP nada dice al respecto, habrá que acudir al Código Orgánico General de Procesos (COGEP) como norma supletoria, que en el art. 33 faculta tanto al representante legal cuanto al representante judicial, para el ejercicio de la representación procesal de la persona jurídica. Entonces, una primera respuesta a la interrogante planteada, asoma en el

³³⁸ Reformado mediante Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Segundo Suplemento, Segundo Suplemento N° 392 - Registro Oficial, de 17 de febrero de 2021.

³³⁹ En España, el art. 31 quater 1 del CP, advierte que las actividades consideradas atenuantes, deben haberse realizado con posterioridad a la comisión del delito.

³⁴⁰ En este sentido, conforme al art. 31 quater 1 del CP, serán los representantes legales de la persona jurídica, quienes deban ejecutar las actividades atenuantes indicadas en la norma.

ámbito normativo supletorio del COGEP, según el que, únicamente las dos clases de personas –que bien pueden ser físicas o jurídicas– indicadas en el citado art. 33, pueden acreditar las atenuantes para obtener el beneficio modulante de la pena. Descartándose, por ende, que cuando las atenuantes sean ejecutadas por cualquier otra persona física o jurídica de las indicadas en el art. 49, la posibilidad de que la persona jurídica pueda beneficiarse de los efectos atenuantes de RPPJ. De ahí, una posibilidad que les queda a las entidades en estos casos, es el mandato, es decir, que mediante mandato o poder en forma, se delegue a cualquier persona de aquellas contempladas en el art. 49 del COIP o fuera de él, la ejecución de las atenuantes del art. 45.7 del COIP, *so pena* que en caso contrario, pese a que se puedan verificar, no surtan los efectos modulantes favorables de la pena. Y en este último caso se estará frente a la figura de la representación judicial advertida en el art. 33 del COGEP.

4.1.1.- La denuncia o confesión del delito

Esta atenuante exige textualmente que la persona jurídica después de la comisión del delito, acredite la siguiente actividad: «*De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio*» (art. 45.7, a) COIP).

En un análisis puntual, esta atenuante exige la verificación de los siguientes requisitos:

- i. Que la persona jurídica denuncie que en su seno se ha cometido un delito atribuible a título de RPPJ. Lo que no dice el texto, es que si ese acto comprende la denuncia contra cualquiera de las personas naturales o físicas individual o colectivamente consideradas del art. 49; o también los casos de autodenuncia, es decir, que la propia entidad se denuncie. Y por otro lado, si en estos casos la denuncia puede ser también verbal, o se requiere necesariamente que sea escrita. De todas formas, por ahora, ante la parquedad de la norma, se aboga por una denuncia en los términos regulados en los arts. 421 al 427 del COIP.

- ii. La confesión. Este requisito puede darse cuando la persona jurídica no ha denunciado; o, cuando habiéndolo hecho, simultánea o sucesivamente confiese la comisión del delito. Este requisito guarda armonía con las pautas de mitigación que el legislador ha instituido para aplacar la dureza del Derecho penal aplicado en el sistema procesal acusatorio (conciliación penal, oportunidad, procedimiento abreviado, suspensión de la pena).
- iii. La espontaneidad. Constituye un requisito común tanto para la denuncia – incluida la autodenuncia– como para la confesión, en los dos casos la espontaneidad se erige como un elemento fundamental de cara a guardar armonía con la garantía de la prohibición de autoincriminación.
- iv. El momento de acreditación. Este requisito ubica a la ejecución de la atenuante en dos momentos: uno pre procesal, el de la investigación previa; y, otro procesal, el de la instrucción fiscal.

En el primer momento, según se trate de delitos sancionados hasta con cinco años de prisión, una vez iniciada la investigación previa y hasta antes que fiscalía decida formular cargos, la persona jurídica bien podrá denunciar o confesar el delito (aunque muy difícilmente lo hará, sobre todo, cuando la acusación o fiscalía no tenga elementos de convicción suficientes como para una posible formulación de cargos, en cuyo caso, a la entidad por estrategia le convendrá beneficiarse del archivo conforme a las reglas de los arts. 586 y 587 del COIP); en caso de los delitos sancionados con prisión que superen los cinco años, el plazo para que opere el archivo de la investigación previa es de dos años, dentro del cual, la fiscalía puede formular cargos o no, o puede solicitar el archivo; al igual que el caso anterior, la persona jurídica puede denunciar o confesar el delito dentro del referido tiempo, o en su defecto, buscar beneficiarse del archivo. En el segundo momento, la persona jurídica puede denunciar o confesar la comisión del delito dentro de los plazos de duración de la instrucción fiscal (30, 60, 90 o 120 días).

- v. La falta de conocimiento formal. La redacción de la atenuante en la exigencia de los momentos de acreditación, presenta al final una cuestión que merece ser aclarada.

En efecto, en la parte final de la letra a) del art. 45.7, se lee «(...) *siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio*». Es decir, se incorpora el «*desconocimiento*» como una exigencia adicional en el requisito de los momentos de acreditación de esta atenuante. Esto sugiere una doble posibilidad: que ese desconocimiento formal se verifique únicamente durante la instrucción fiscal, o que también deba verificarse dentro de la fase pre procesal de investigación previa.

Al respecto, la primera posibilidad es sugerida de la lectura literal del texto en cuestión, es decir, si se observa literalmente la redacción, se puede afirmar que la intención del legislador es que la persona jurídica no haya tenido conocimiento formal de la instrucción fiscal –el referido desconocimiento se encuentra redactado inmediatamente luego del momento procesal de instrucción fiscal–; además, hay que recordar que la formulación de cargos (arts. 591 y ss., COIP) es el acto formal con el que inicia el proceso penal ecuatoriano. De ahí que, tenga sentido que el desconocimiento o la falta de conocimiento formal del inicio o del desarrollo de la instrucción fiscal, permita el beneficio de esta atenuante; *contrario sensu*, si la persona jurídica ha tenido conocimiento, es decir, si ha sido notificada formalmente con el inicio de la instrucción fiscal, la denuncia o la confesión que presente o rinda luego de ello, no tendrá efectos atenuantes.

La segunda posibilidad, resulta un poco más problemática, primero porque la investigación no es una etapa del proceso penal donde se pueda hacer hincapié a la exigencia de la formalidad; y segundo, porque durante la investigación toda persona incluida la jurídica no ostentan la calidad de persona procesada, y no existe todavía un temor de sometimiento al Derecho penal a través del proceso. No obstante, un acto formal que se ejercita dentro de esta fase y con el que se da a conocer la calidad de sospechoso, es la comunicación para que éste rinda su versión, que en

caso de la persona jurídica se la realizará a través de su representante. En este razonamiento, se puede afirmar que también durante la fase de investigación, siempre que no se haya hecho conocer formalmente a la persona jurídica procesada su calidad de sospechosa, si ésta denuncia o confiesa el delito, y si más adelante determina su responsabilidad penal, se beneficiará de esta atenuante; y, *a contrario sensu*, si habiendo sido notificada formalmente como sospechosa a la realización de cualquier diligencia pre procesal, y luego de ello denuncia o confiese el delito, no será susceptible del beneficio atenuante.

Respecto de estas dos posibilidades, por la vigencia del *in dubio pro reo*, y ya en una toma de postura personal, se ha de asumir la primera interpretación porque además de ser literal, al ser la audiencia de formulación de cargos la que formalmente da inicio a la etapa de instrucción fiscal y, por ende, al proceso penal contra una persona jurídica; y además, porque resulta más coherente que se exija la falta de conocimiento formal de un enjuiciamiento o procesamiento y no de una mera investigación previa para denunciar o confesar un delito. Lo indicado, no quiere decir que durante la investigación previa la denuncia y la confesión no surta efectos atenuantes para la persona jurídica, sino que, en esta fase no es exigencia el requisito de la falta de conocimiento formal previo, es decir, que durante los plazos de duración de la investigación previa, en cualquier momento, teniendo conocimiento formal o no de las investigaciones y de su inicio, si una persona jurídica denuncia o confiesa un delito atribuible, debe beneficiarse de esta atenuante³⁴¹.

4.1.2.- La colaboración con la investigación

³⁴¹ Esta atenuante tiene su antecedente en la atenuante de confesión de la letra a) art. 31 quater del CP de España. De ahí que, en un análisis comparativo entre las dos regulaciones, en el caso español se puede apreciar que el legislador de ese país de forma expresa ha determinado que para que la confesión del delito surta efectos atenuantes, debe ser realizada antes que la persona jurídica conozca que contra ella se ha iniciado un proceso penal. Este análisis refuerza la postura que se toma en este trabajo con respecto a la exigencia en el caso ecuatoriano del conocimiento formal del proceso y no de las investigaciones previas, para que opere el beneficio de la atenuante de la letra a) del art. 45.7 COIP.

Denominada también atenuante de colaboración, el art. 45.7 b) textualmente la regula de la siguiente manera: «*Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio*». La redacción de esta atenuante³⁴² presenta reparos que merecen ser clarificados a efectos de viabilizar o clarificar su aplicación de cara a que una persona jurídica pueda, efectivamente, en la práctica beneficiarse de sus efectos.

Así, la frase «*colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio*», por un lado, presenta una problemática más allá de lo meramente semántico. En efecto, colaborar con la investigación es un término demasiado lato que en su anclaje en el proceso penal ecuatoriano, comprende desde la fase pre procesal investigación previa hasta la culminación o cierre de la instrucción fiscal; es decir hay una investigación pre procesal y una investigación procesal, cuyos efectos difieren mucho en uno y otro caso. Luego, cabe cuestionarse si la colaboración puede acreditarse desde la investigación pre procesal, o acaso únicamente desde la investigación procesal propiamente dicha. Por otro lado, esta atenuante exige la aportación de *elementos y pruebas*, lo que permite asumir, en principio, que en caso de investigaciones pre procesales, la atenuante quedará acreditada con la aportación de elementos de convicción (esto por cuanto en esta fase no se aportan pruebas en estricto sentido) nuevos y decisivos. De su lado, la exigencia de *nuevas*, implica que esos elementos sean diferentes de aquellos recabados por la fiscalía durante la fase de investigación; mientras que la exigencia *decisiva*, implica que sean determinantes para la investigación pre procesal y que le permitan al fiscal formular cargos. Hasta aquí la redacción no presenta problemas. Pero la exigencia de temporalidad «*antes de su inicio*» comienza a complicar el panorama. En efecto, si se admite que la atenuante de colaboración puede acreditarse desde la investigación previa en la fase pre procesal del mismo nombre, entonces ¿a qué se refiere el legislador con la exigencia *antes de su inicio*? ¿Acaso se refiere a las investigaciones internas articuladas en un *compliance*? ¿Acaso se exige que la persona jurídica colabore con elementos o indicios antes que inicie la investigación previa? ¿Acaso puede haber elementos de convicción nuevos de algo que aún no se ha investigado por la fiscalía? En realidad, son muchas interrogantes que quedan en el aire con esta defectuosa regulación.

Ya dentro del proceso penal, es decir, en las investigaciones procesales que se desarrollan dentro de la instrucción fiscal, la regulación se presenta clara en el sentido de que la atenuante

³⁴² Se trata de una copia –a mi juicio– mal parafraseado por el legislador ecuatoriano, de la atenuante de colaboración señalada en el art. 31 quater 1, b) del CP de España, cuyo texto literal es el siguiente «*Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos*». Como se puede notar esta atenuante fue incorporada en el COIP pero con una defectuosa redacción.

de colaboración consiste en aportar elementos y pruebas nuevas y decisivas, antes del inicio del proceso (fase de investigación previa), durante su desarrollo (instrucción fiscal), hasta en la propia etapa de juicio (audiencia de juzgamiento). En definitiva, a mi juicio, lo indicado en este último párrafo fue lo que en realidad quiso normar el legislador³⁴³, sin embargo, introdujo una redacción defectuosa que genera dudas en los términos indicados *supra*.

4.1.3.- La reparación integral de daños

Otra de las atenuantes de RPPJ consiste en «*Reparar íntegramente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio*» (art. 45.7, c COIP). Esta atenuante versa sobre el ejercicio de un derecho constitucional reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la reparación integral. Esta figura ha sido reconocida inclusive en el art. 52 del COIP como finalidad de la pena.

En la redacción de esta atenuante se observa una dificultad que en la práctica puede tornarla inaplicable. Así, por ejemplo, en las infracciones contra la naturaleza existen daños al ambiente producidos por delitos que resultan imposibles de ser reparados íntegramente en periodos cortos de tiempo, resultaría entonces imposible acreditar esta atenuante hasta antes de la etapa de juicio. De ahí, se sugiere una redacción normativa acorde a la naturaleza de las infracciones atribuibles a las personas jurídicas, o al menos, la eliminación de la exigencia de que esa reparación sea íntegra³⁴⁴.

4.1.4.- El Compliance

Otra de las atenuantes de RPPJ es el *compliance*, del que por ahora, únicamente se dejará constancia de su regulación expresa. Más adelante, este trabajo dedica todo un Capítulo de análisis y reflexión académica.

En efecto, el art. 45.7, d) del COIP señala que también atenúa la RPPJ, «*Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se*

³⁴³ En España, el art. 31 quater 1 b) regula esta atenuante de colaboración con una redacción más precisa «*Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos*».

³⁴⁴ Esta atenuante, en España observa en el CP una mejor redacción como se transcribe a continuación «*haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito*» (art. 31 quater 1 c).

incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización».

4.2.- Agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica

La única agravante de RPPJ que el legislador ecuatoriano ha introducido en el COIP (art. 47.21) presenta una redacción muy defectuosa como se analiza a continuación.

El citado artículo comienza estableciendo como agravante, una especie de *reincidencia*³⁴⁵. En efecto, agrava la RPPJ haber sido sentenciada –la persona jurídica– anteriormente por el mismo delito; hasta aquí la norma es clara. Luego, asoma una «o» disyuntiva sin coma, y a continuación asoma una actividad agravante que –a mi juicio– más que agravante es una forma de autoría, «*valerse de otras personas jurídicas nacionales o extranjeras para el cometimiento del delito*». Acaso no se trata de ¿Autoría mediata? ¿Coautoría? En definitiva, esta regulación, tal como está redactada hasta este punto, deja mucho que desear. Será acaso que se trata de una mala copia de la circunstancia contenida en el art. 66 bis 2ª, b) del CP de España, que para efectos de agravar considera el uso instrumental de la persona jurídica para la comisión delictiva³⁴⁶. Lo cierto es que, tal y como está redactada esta circunstancia particular de esta agravante resulta de difícil comprensión. Y si lo que quiso regular el legislador ecuatoriano como agravante fue el empleo instrumental de una persona jurídica nacional o extranjera, debe necesariamente modificar dicho texto con una redacción más clara, toda vez que, una cosa es la instrumentalización de una persona jurídica en el cometimiento de un delito (caso español), y en este caso tiene sentido la agravante; y, otra totalmente diferente, considerar como agravante una cuestión de pura autoría, como el hecho de valerse de otras personas jurídicas para el cometimiento del delito (caso ecuatoriano), en este caso, queda en dudas el fundamento agravante.

Además, la redacción sugiere otra posible circunstancia, cuando después de lo analizado *supra*, la norma señala que también puede agravar la RPPJ, «*valerse de la normativa vigente para evadir la responsabilidad en el cometimiento de los ilícitos*». Esta parte de la redacción resulta también de difícil comprensión. En realidad no está claro a qué norma vigente se refiere el legislador, tampoco se puede abstraer con claridad el fundamento agravante de la

³⁴⁵ En España, la reincidencia (art. 66 bis 2ª) constituye una circunstancia para efectos de la imposición de ciertas penas por un plazo de duración que superen los dos años (solamente para el caso de las siguientes penas: suspensión de actividades, clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, y la intervención judicial).

³⁴⁶ En España, para efectos de modular ciertas penas aplicables a las personas jurídicas superiores a dos años, junto con la reincidencia, regula la siguiente circunstancia «b) *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal*» (Art. 66 bis 2ª b)).

actividad *valerse de la normativa vigente para evadir* la RPPJ, por ende, resulta incierto el panorama en esta última posibilidad agravante de RPPJ.

Frente a esta oscuridad normativa, se sugiere que *de lege ferenda* se restructure la redacción de esta agravante y se contemple la posibilidad de dividirlas en la forma que se propone a continuación:

Art. 45.21.- En el caso de las personas jurídicas se observarán las siguientes agravantes:

a. Que exista previamente una sentencia ejecutoriada contra la persona jurídica por el mismo delito. (Otra opción más puntual en apego al art. 57 del COIP es la siguiente: a. Que la persona jurídica sea reincidente);

b. La utilización instrumental de la propia persona jurídica para la comisión del delito.

5.- El sistema de penas aplicable a la persona jurídica

Respecto de las penas, una parte de la doctrina admite que las sanciones que se imponen a las personas jurídicas constituyen verdaderas penas, ello con fundamento en los modelos de responsabilidad ya sea por el hecho propio basado en la culpabilidad por incumplimiento de la legalidad³⁴⁷, o por defecto de organización³⁴⁸. Otro sector defiende la tesis de que no se tratan de auténticas penas en consideración a su naturaleza material, sino de consecuencias jurídicas derivadas de una política criminal pragmática y consecuencialista, que hasta cierto punto no observaría del todo cuestiones necesarias como el doble juzgamiento, la personalidad de las penas, la responsabilidad por el hecho propio, imputación subjetiva y personas, así como proporcionalidad de las penas³⁴⁹, por lo tanto no podrían ser consideradas penas en estricto sentido sino «consecuencias accesorias»³⁵⁰.

³⁴⁷ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La atenuación de responsabilidad penal de las personas jurídicas» con BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 181-210. En este sentido, el autor aborda la culpabilidad de la persona jurídica en base la cultura de incumplimiento de la legalidad.

³⁴⁸ En similar forma se pronuncian por ejemplo: BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de», cit., pp. 1292 y ss; BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad penal y», cit., pp. 1568 y ss.; y, ZUGALDÍA ESPINAR, J., «*Societas delinquere potest*», cit., pp. 5 y ss.

³⁴⁹ Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., NAVARRO MASSIP, J., «La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2016, 2016, pp. 9-10. En esta misma línea pero en el con texto también de las penas para las personas físicas, se sostiene que «Las sanciones penales a personas jurídicas se consideran como accesorias de penas a personas físicas tienen una finalidad disuasoria y, por tanto, preventiva, pues refuerzan la eficacia disuasoria de las penas frente a potenciales delincuentes, al amenazarles con privarles de la libertad o con inutilizar las entidades, aunque sean de ajena titularidad, que se puedan utilizar como instrumento de delitos, porque su administración o directiva no los han impedido con medidas suficientes», MISAS GÓMEZ, J., «La responsabilidad penal», cit., p. 90.

³⁵⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESSE, S., *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001.

También, hay quienes con fundamento en la teoría del Derecho penal de dos velocidades, parten advirtiendo una necesaria diferenciación entre los tipos de penas aplicables a las personas jurídicas³⁵¹.

De forma más radical, se sostiene que lo que en realidad se impone a las personas jurídicas son «cargas» para prevenir los delitos³⁵², lo que desnaturaliza el discurso de la pena en su sentido estricto.

Por otra parte, hay quien prefiere la categorización de las penas según el Derecho penal y en tal sentido, se habla de un Derecho penal de penas que se aplicarían para las personas jurídicas, diferente de aquel que rige para las personas físicas donde se observa el principio de culpabilidad³⁵³.

Cada una de las apuestas doctrinales advertidas, se encaminan por el decanto de dos posturas contrarias que se sintetizan bajo los presupuestos de que o se tratan de verdaderas penas en estricto sentido, o de simple penas consecuencias accesorias sea de carácter administrativa³⁵⁴ o penales; aunque cierta postura instrumentalista resta trascendencia a esta discusión proponiendo una denominación genérica de simples sanciones penales³⁵⁵.

5.1.- Naturaleza de las penas

Se advierte en algunas de las penas del catálogo del art. 71 COIP su origen en el Derecho administrativo³⁵⁶ sancionador, así como en el extinto Código penal³⁵⁷, en el que, como

³⁵¹ Esta diferenciación se la realiza en España, en tal sentido, se sostiene que las penas de disolución, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social y, la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores; no serían penas en estricto sentido, sino medidas de seguridad y que solamente a la pena de multa le es aplicable la «segunda velocidad». En tal sentido, se prefiere la consideración de «correctivos penales»; GOENA VIVES, B., «Responsabilidad penal y», cit., p. 138. Además, esta autora luego de criticar la denominación de penas que para las personas jurídicas determina el Código Penal en el art. 33.7, resalta la existencia de un Derecho penal para las personas físicas o naturales y otro Derecho penal para las personas jurídicas, para luego apuntarse en la teoría del Derecho penal de dos velocidades, como punto de partida para construir un concepto de pena aplicable a la persona jurídica. Y en ese sentido aunque comparte con SILVA SÁNCHEZ el encuadramiento de la pena de multa dentro de ese Derecho penal de segunda velocidad, no comparte con él la equiparación de ciertas penas del art. 33.7 del CP de España, con las medidas de seguridad las que según éste autor quedan fuera del Derecho pena del segunda velocidad; y contrario a lo que sostiene SILVA SÁNCHEZ, estima que esas penas (las de las letras b a la g), bien pueden ser encuadradas dentro de las penas de segunda velocidad y esto porque estas penas no solamente poseen carácter prospectivo, sino también retrospectivo conforme a los arts. 66 bis 1ª y 66 bis del CP.

³⁵² Vid. VAN WEEZEL, A., cit. p. 140.

³⁵³ Vid. GOENA VIVES, B., «Responsabilidad penal y», cit. 93 y ss.

³⁵⁴ Dentro de este grupo también se las considera «medidas administrativas de aseguramiento», véase a TRUJILLO ARANGO, A., *Medidas de aseguramiento y hábeas corpus*, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1990.

³⁵⁵ Vid. HENDLER E., *La responsabilidad penal de los directivos de instituciones financieras*, Buenos Aires, Depalma, 1982.

³⁵⁶ Así por ejemplo, las sanciones de clausura de locales o establecimientos; la remediación de daños ambientales; las prohibiciones de contratar con el Estado; o, las disoluciones.

³⁵⁷ Como las penas de multas, el comiso penal, o el servicio comunitario.

consecuencias accesorias³⁵⁸ producto de la actuación delictiva de las personas naturales³⁵⁹, asomaban ya desde antes de la vigencia del COIP. Aunque en este último caso, se trataba de un *fraude de etiquetas*³⁶⁰ que en el fondo evidenciaban más que consecuencias penales, sanciones meramente administrativas.

El pretendido análisis puntual de las penas aplicables a las personas jurídicas como consecuencia de su responsabilidad penal en Ecuador ofrece un panorama incierto, y al igual que en otros lugares, el sistema de sanciones atribuibles a las personas jurídicas ha sido el menos trabajado por la doctrina desde que se instauró en varios lugares del mundo la RPPJ³⁶¹.

Finalmente, en cuanto al debate que se ha planteado respecto si han de considerarse o no verdaderas penas en sentido estricto, dado por ejemplo, a la inadecuación o no de sufrirla por parte del ente jurídico³⁶², a lo largo del estudio de las penas en este epígrafe se irán esgrimiendo argumentos y analizando posibles conflictos o dudas que respecto de aquellas se presentan en la regulación penal ecuatoriana, de cara a evitar un mero «*condicionamiento de la decisión legislativa*»³⁶³, y tratar de explicar bajo el prisma académico, la posibilidad o imposibilidad de aplicación.

5.2.- ¿Son penas específicas?

Respecto del planteamiento de la especificidad, se advierten en él dos cuestiones. La primera tiene que ver con necesidad de determinar la especificidad, o la concurrencia con penas de fuera del catálogo. Al respecto, el sistema de penas aplicables a las personas jurídicas a título de responsabilidad penal visualiza una especificidad³⁶⁴, que se denota en la literalidad del

³⁵⁸ Las consecuencias accesorias a decir de GARCÍA CAVERO, no son propiamente penas, «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*», Ponencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia 2005 pp. 137-144, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5319474.pdf>

³⁵⁹ Así por ejemplo, entre otras, el art. Art. ... (3).- (Agregado por el Art. 18 de la Ley 20052, R.O. 45, 23VI2005) del Código Penal de España señala que: «*Quien organice, ofrezca o promueva actividades turísticas que impliquen servicios de naturaleza sexual, será sancionado con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años y multa de diez mil a quince mil dólares de los Estados Unidos de América y la extinción de la persona jurídica o el cierre de la empresa, si pertenece a una persona natural*».

³⁶⁰ Vid. CARNEVALI RODRIGUEZ, R., «La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho Penal italiano, en particular a la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación», *Revista Ius et Praxis*, año XVI, núm. 2, 2010, pp. 273-330.

³⁶¹ Al punto que se ha llegado a sostener que respecto del sistema de sanciones, no se vislumbra reflexión profunda ni antes ni posterior a su implementación ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en AA.VV., *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 371-411.

³⁶² Sobre esto LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal*, Universitat, Valencia, 1995, reflexiona que ciertamente puede tener sustento la argumentación en el sentido esa inadecuación no solamente por la falta de capacidad que tienen las personas jurídicas para sufrir algunas penas como por ejemplo la de prisión, sino también porque esa imposición es contraria a los principios de culpabilidad y de responsabilidad personal para sufrir una pena, desajustándose a los fines de ésta.

³⁶³ En sentido contrario, el autor critica la tendencia de cierta parte de la doctrina por aceptar la decisión del legislador respecto a la regulación penal en España de las personas jurídicas, sin que como en el caso de la pena, por ejemplo, se profundicen en niveles conceptuales indispensables para establecer sus alcances y dotar de justificación necesaria a las sanciones que se les impone a dicha clase de entes, CIGÜELA SOLA, J., «*La culpabilidad colectiva*», cit., p. 357-358.

³⁶⁴ Igual situación se advierte en el art. 33.7 del Código Penal de España; con criterio más amplio, el art. 71 del Código de Sistema Penal Boliviano, entre otros.

texto legal del art. 71 que claramente señala «*penas específicas aplicables a las personas jurídicas*». Además, esa voluntad del legislador se puede deducir cuando al catalogarlas, incorpora penas del listado general aplicable a las personas físicas, como por ejemplo, la multa, las actividades comunitarias, la inhabilitación o prohibiciones para contratar con el Estado y el comiso penal, con la finalidad de revestirlas también de especificidad y de afianzar la intención *numerus clausus*.

La segunda cuestión, tiene que ver con la predeterminación de las penas a las personas jurídicas en algunos tipos, lo que representa incertidumbre a la hora de afirmar con certeza su concurrencia con las del propio catálogo. La cuestión se centra en que si además de las penas específicas para las personas jurídicas que señala expresamente el legislador en cada caso, podrá el juzgador imponer otra u otras del catálogo (concurrencia entre penas específicas). Para ilustrar este asunto, tómesese por ejemplo la única pena que conforme al art. 90³⁶⁵ se impone a las personas jurídicas por los delitos contra la humanidad, y que consiste solamente en la *extinción*. El citado ejemplo sirve para plantear la discusión en dos direcciones, conforme se analiza a continuación.

- a) De la literalidad del texto y dado al sistema de especificidad, en principio no se aplicaría, por ejemplo, la advertencia del último párrafo del art. 60³⁶⁶ que le da la discrecionalidad al juzgador de imponer una o más penas; pero tampoco, entonces, cabría la predeterminación del legislador del sistema de aplicación de multas del art. 70 inciso primero, según la que, en todas las infracciones del COIP se aplicará también la multa³⁶⁷. Este razonamiento permite apostar por la idea primaria, que la especificidad de las penas no solamente se refiere a su enlistado (art. 71), sino también a su propio sistema de aplicación. Esta idea, además, se vería reforzada por el análisis contextual de la descripción de las penas³⁶⁸, que por ejemplo, respecto del delito de trata de personas (art. 91), ha establecido el legislador en el art. 94 como penas para la persona jurídica la multa y la extinción; y como se indicó *supra*, en el art. 90 para los delitos contra la humanidad, ha señalado únicamente la pena de extinción.

Este análisis sistemático-comparativo de las dos fórmulas (art. 90 y 94), que señalan la misma pena de extinción, pero la segunda además establece la multa, permite reforzar la idea de la «*predeterminación sancionatoria legislativa*», en el sentido de

³⁶⁵ El art. 90 del COIP señala que: «*Cuando una persona jurídica sea la responsable de cualquiera de los delitos de esta sección, será sancionada con la extinción de la misma*».

³⁶⁶ En tal sentido el art. 60 del COIP en la parte final textualmente señala que: «*La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal*».

³⁶⁷ El art. 70 en su primer párrafo contiene la siguiente advertencia: «*En las infracciones previstas en este Código se aplicará además la pena de multa conforme con las siguientes disposiciones...*».

³⁶⁸ Dentro del mismo Capítulo Primero del Título IV, Libro Primero, pero en la Sección Segunda.

que las penas que se impongan del catálogo serán únicamente la o las determinadas en cada *supuesto*; lo contrario, en el caso del art. 94 y otros similares, también hubiese establecido simplemente la extinción y con ello se daba cabida a las multas conforme a la advertencia del primer inciso del art. 70. En conclusión, bajo estos argumentos, solamente serían aplicables a las personas jurídicas, la o las penas establecidas en cada *supuesto o supuestos previstos* en el COIP.

- b) Por otra parte, respecto de la consideración positiva de aplicar una o más penas del catálogo adicional a la pena o penas predeterminadas en cada *supuesto*, en base a los postulados antes indicados (último inciso del art. 60, primer inciso del 70); es decir, adoptando criterios generales de aplicabilidad de penas de las personas físicas, en caso del art. 90 se podría además de la extinción, imponer multa y comiso, por ejemplo. Este argumento cobra peso si se quiere justificar con el comiso, bienes no producidos por el delito cuando sea imposible, dado su naturaleza, comisaros directamente y que bien puede resultar imposibles sólo con la extinción. Además, esta idea se ve afianzada por la interpretación holística o integral de la teoría de la pena, en el sentido de que tanto la finalidad, los principios que la regulan, el sistema de acumulación y todas las consideraciones generales del Capítulo Primero del Título II Libro I, en la medida que se consideren para efectos de justificar las penas aplicables a las personas jurídicas, deben servir también de aplicación al momento de su imposición concreta; en cuyo caso, se podrá colegir que procederá la concurrencia de las penas aplicables a las personas jurídicas, pero respetando la especificidad, es decir, únicamente entre las del art. 71.

Y es que, la concurrencia es un tema que al parecer solamente está regulada en el sistema de penas aplicables para las personas físicas. De ahí su complicado entendimiento a la hora de su análisis respecto de las personas jurídicas, contrario a lo que ocurre en Bolivia, por ejemplo, donde en el Código de Sistema Penal Boliviano, concretamente en el art. 71.III, se indica que «*Las sanciones a las personas jurídicas podrán imponerse en forma alternativa o concurrente, siempre que la naturaleza de éstas permita su cumplimiento simultáneo*».

En las dos cuestiones planteadas, no hay que dejar de lado la literalidad del texto que advierte el principio de legalidad de la pena, esto es, *no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales* (art. 53). Esto por una parte, permite reforzar la primera idea, pero también permite defender la segunda, en el sentido de que, únicamente no pueden imponerse penas más graves pero si menos graves o de la misma gravedad.

Todo lo advertido, conlleva a su vez, a reflexionar el nivel de gravedad de las penas aplicables a las personas jurídicas, aspecto que tampoco se vislumbra predeterminado por el legislador ecuatoriano, como sí lo hace el español³⁶⁹, por ejemplo. Asoma por lo tanto, una tercera cuestión que propone visos de aceptación de la segunda idea, es decir procede la concurrencia siempre que se impongan con una o más penas de igual o menor gravedad que las determinadas en los tipos. Sin embargo, no tendría entonces sentido que en el art. 94 el legislador haya establecido la extinción como pena grave y multa, mientras que en el 90 solamente la extinción; y si se quiere argumentar que la multa es menos grave de la extinción, entonces igual pudo incluirla expresamente en el art. 90. Además, si se adopta la idea de que todas las penas aplicables a las personas jurídicas son graves, no tendría mucho sustento este criterio.

La problemática, por ahora parece una especie de espiral sin salida. Sin embargo, si admitimos esa interpretación holística y además garantista, habrá de asumirse, la advertencia de la parte final del art. 70 del COIP que señala que «*En las infracciones en las que no existan penas privativas de libertad se aplicará la multa prevista en cada tipo*». De ahí que, en el sentido que a las personas jurídicas no les es aplicable la pena privativa de libertad³⁷⁰, en el art. 90 únicamente cabe la extinción por cuanto ni ha predeterminado multa ni otra pena adicional; en tanto que en el art. 94, el legislador ha determinado además de la extinción, la multa específica³⁷¹. Esto finalmente lleva a concluir, que para el caso de las penas aplicables a las personas jurídicas, se ha de estar únicamente a los criterios de predeterminación en los respectivos tipos penales.

Por otra parte, dado a que la pena de servicio comunitario del art. 71 no se presenta en los delitos de la Parte Especial atribuibles a la persona jurídica, permite en ese advertido análisis sistemático, afirmar que en estos casos, sí se puede imponer además de la pena indicada en el tipo para la persona jurídica, una de las indicadas en el catálogo del art. 71, atendiendo siempre a los criterios de individualización. En esta misma línea de ideas, otra cuestión se presenta en la pena de «*prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción*», indicada en el art. 71.7; esta pena no asoma predeterminada en los tipos, sin embargo, en el art. 60.14, el legislador ha predeterminado

³⁶⁹ En efecto, el art. 33.7 del CP de España señala que: «*Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son...*» La cuestión de la gravedad de las penas que en sede de la persona natural conlleva cuestiones naturaleza y/o duración, respecto de la persona jurídica al no tener la misma consideración, produce como en España, efectos diferentes al ser todas graves. FARALDO CABANA, P., «Las Penas», en AA.VV *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 114-115.

³⁷⁰ En la medida que se asuma que el legislador bajo la fórmula «privativas de libertad», acuña únicamente a la libertad individual o física de la persona natural o sea a la prisión.

³⁷¹ Al punto que inclusive, la determinación de multa para las personas jurídicas en los tipos, es diferente que la que se aplica para las personas físicas.

los casos en los que procede; de ahí que, para efectos de su imposición a las personas jurídicas, se ha de estar a lo previsto en esta norma³⁷².

Todo lo indicado, finalmente, permite señalar que no existiendo reglas de determinación de la pena aplicable a las personas jurídicas, ha de estarse por un lado a lo que el legislador ha puntualizado en los respectivos tipos (ejemplo art. 90, 94, entre otros); y por otro, y en lo que sea compatible, a los criterios de determinación señalados en la parte general que regula la pena (ejemplo, art. 60.14), eso sí, respetando –como se ha dicho– la *especificidad*. Es decir, estamos ante un sistema de aplicabilidad mixto, en donde se prevén penas específicas en los tipos y para efectos de imponer otra pena del catálogo como el comiso y la prohibición de contratar con el Estado, por ejemplo, se ha acudir a su accesoriadad en la medida que se aplica únicamente bajo ese criterios a determinados delitos; y por otro lado, se prevén penas solamente aplicables en los respectivos tipos penales.

5.3.- Finalidad de la pena y persona jurídica

La finalidad de las penas, es otra de las cuestiones que merecen análisis y fundamentación política criminal³⁷³, de cara a explicar su coherencia en el contexto de la regulación penal nacional y a la hora de su aplicación puntual. Esta cuestión es fundamental, dado a que normalmente en la regulación de la RPPJ, al menos en el caso ecuatoriano, no se establecen criterios propios de aplicación de las penas a las personas jurídicas que permitan fundamentar de forma clara su finalidad. De ahí que, el discurso regulatorio en Ecuador respecto de las penas aplicables a las personas jurídicas, al igual que sucedió con el español de 2010, puede que resulte incoherente³⁷⁴ o al menos complejo, tanto a la hora de fundamentar su finalidad cuanto a la hora de un análisis de aplicabilidad.

El art. 52 del COIP que destaca la prevención general como finalidad de la pena, ofrece una lectura interesante a la hora de su impacto en la persona jurídica. Esa finalidad nos aproxima, bajo aceptación de criterios de política criminal por cuestiones pragmáticas, por ejemplo, a una aceptación *a priori*, de que la pena cumple con su cometido cuando de manera general busca como finalidad también en las personas jurídicas, la prevención delictual. Sin embargo, la cuestión no es sencilla, sobre todo a la hora de abordar nociones conceptuales de

³⁷² Los delitos en los que cabe esta pena para la persona jurídica son el cohecho, tráfico de influencias, testaferrismo y lavado de activos.

³⁷³ En este sentido y respecto de las penas que a título de responsabilidad penal la regulación española de 2010 ha establecido para las personas jurídicas, se advierte la necesidad de abordar bajo argumentos políticos criminales, cuestiones de «legitimidad de la pena; la elección del mejor catálogo de penas orientado a ella; el establecimiento del criterio de elección entre penas alternativas y, en buena parte, los criterios para la determinación de la pena» BAUCESLLS LLADÓS, J., «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 177-218.

³⁷⁴ Vid. BAUCESLLS LLADÓS, J., «Las penas previstas», cit., p. 177.

«culpabilidad-pena-sujeto penal»³⁷⁵ que chocan con todos, o al menos con los básicos elementos que sustentan su finalidad, y que no de manera fácil pueden ser acreditados en una persona jurídica.

La prevención general positiva en las personas jurídicas, explicada desde un modelo constructivista y al amparo de la retribución comunicativa, infiere en las corporaciones la contribución al restablecimiento comunicativo de la norma vulnerada, lo que a su vez, reforzaría la comúnmente aludida *fidelidad al derecho*³⁷⁶; estimulando así, la idea de autorresponsabilidad empresarial³⁷⁷. No obstante, resulta debatible y hasta cuestionable que la pena estimule una verdadera autorresponsabilidad individual³⁷⁸, ya que al menos en Ecuador hasta ahora no hay nada comprobado, esto más allá de meros argumentos de entendimiento de la pena por parte de la persona jurídica, sino de generar en ella, a la luz del citado modelo, efectos preventivos.

Por su parte, en la *prevención general negativa*, en la que se advierte una «fuerte dependencia del efecto intimidante»³⁷⁹ desde una visión económica del derecho, los efectos disuasorios de la pena en las personas jurídicas –las que actúan fundamentalmente con ánimos lucrativos–, busca en ellas mediante amenaza, la reducción de cifras negativas que les puede acarrear su imposición, y quizás, ello sea, precisamente, lo que en ese análisis del cálculo «coste-beneficio»³⁸⁰, las disuade de la intención delictual.

Por la *prevención especial negativa*, las penas buscan el control o la inocuización temporal o definitiva de una persona jurídica que se muestra peligrosa por la comisión de un delito³⁸¹ por parte de aquellas personas naturales de su seno indicadas en el art. 49, es decir, prevenir bajo efectos negativos en la persona jurídica, la comisión de delitos. O como lo explica BAUCELLS, así como las personas jurídicas tienen poseen voluntad corporativa que se construye por parte de sus miembros, las penas bien pueden desarrollar efectos preventivos sobre esta clase de entidades³⁸², aunque al igual que la prevención general, se critique cuestiones de falta de entendimiento o comprensión por parte los entes colectivos.

³⁷⁵ CIGÜELA SOLA, J., «La culpabilidad colectiva», cit., p. 358.

³⁷⁶ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial» en GÓMEZ-JARA, C. (ed.) *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Cizur menor, 2006, p. 93 y ss.

³⁷⁷ BAUCELLS LLADÓS, J., «Las penas previstas», cit., p. 177.

³⁷⁸ IBIDEM.

³⁷⁹ Debido a que se «ha demostrado suficientemente como en la delincuencia económica la ineficacia del derecho penal se debe a un complejo número de factores entre los que debe destacarse las bajas posibilidades de ser descubierto, las dificultades procesales y de investigación, que el riesgo de condena es muy bajo¹³ o que los mecanismos de control informal y formal previos al derecho penal funcionen de forma óptima», BAUCELLS LLADÓS, J., «Las penas previstas», cit., p. 179.

³⁸⁰ MAPELLI, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Aranzadi, Cizur menor, 2011.

³⁸¹ Vid. FARALDO CABANA, P., «¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?» en AA.VV, *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 303-332.

³⁸² Vid. «Las penas previstas», cit. 179.

De su lado, la *prevención especial positiva* ha de propender en la persona jurídica un efecto de no comisión delictiva y de corrección de sus defectos de organización³⁸³, y por ende, de actuación conforme al Derecho. En este sentido, parece que esta clase de prevención, es la que más se acopla a efectos de la fundamentación de la pena en campo de la RPPJ. Su efecto resocializador permite inclusive el discurso de los *compliance*, como mecanismos para corrección de sus defectos.

En Ecuador, el COIP en el art. 52, señala como fines de la pena, por una lado, la prevención general para la comisión de delitos y para el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades del sujeto; y, por otro, la reparación del derecho a la víctima. Por su parte, el art. 51 la define legalmente como la «*restricción de la libertad*» y de los derechos de la persona que se encuentra en situación de condena, impuesta como consecuencia jurídica de su conducta penalmente relevante. Lo que implica que se trata de una consecuencia jurídica que establecida en una disposición legal –tipo–, restringe la libertad y ciertos derechos a quien, por haber adecuado su comportamiento a una conducta penalmente relevante, le ha sido impuesta mediante sentencia condenatoria. La definición de pena, parece armonizar los postulados de sus fines. En esa ruta, la finalidad de la pena que promulga el citado art. 52, expresamente determina la prevención general que conforme a los postulados constitucionales del Ecuador, no debiera impregnarse en su efecto negativo sino en su efecto positivo. Efecto que en un Estado de derechos, orienta la misión «*ético-social del Derecho penal*»³⁸⁴, lo que traducido en la óptica de JAKOBS, equivale a que la pena tiene como misión mantener la norma como modelo guía o de orientación para el correcto ejercicio de los contactos sociales³⁸⁵, así como la afirmación y el «*aseguramiento de las normas básicas, de los valores fundamentales que estas protegen, subrayar su importancia y la seriedad de su protección por el mandato normativo, educar al grupo social para que los acate y los asuma como propios*»³⁸⁶.

Esa prevención general en su efecto positivo advertida expresamente en el COIP, puede influir también en la conducta empresarial. Mientras que, de las otras prevenciones soslayadas *supra*, la prevención especial positiva, dado sus fines resocializantes de prevención en la persona jurídica para la no comisión de delitos mediante la corrección de su defecto de organización, es la fundamentación que –zanjadas las discusiones dogmáticas–, más se apega a una coherente argumentación justificativa, si se pretende que el sistema ecuatoriano es de imputación por autorresponsabilidad. De todas formas, se ha de concordar

³⁸³ Vid. BAUCCELLS LLADÓS, J., «Las penas previstas», cit. 185.

³⁸⁴ WELZEL, H. *La Teoría de la acción finalista*, F. Balestra, BALESTRA y E. Friker (trads.), Depalma, Buenos Aires, 1951.

³⁸⁵ Citado por REYNA ALFARO, L., *Fundamentos del Derecho Penal Económico*, Ed. ANGEL, Lima, 2004.

³⁸⁶ En este sentido, JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. J.-L. Manzanares (trad.), Comares, Granada, 1993, DURAN MIGLIARDI, M., «La prevención general positiva como límite constitucional de la pena: Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función». *Rev. derecho (Valdivia)*, vol. 29, núm. 1, 2016, pp. 275-295.

con la necesidad de no desechar del todo las otras finalidades preventivas de la pena y por el contrario, compartir la necesidad de impregnar en el debate, la posibilidad de acuñar un «efecto preventivo integrador»³⁸⁷ que permita una discusión en la que «Si realmente se pretende generar cualquier efecto preventivo general, deben diseñarse mecanismos de control extrapenal más eficaces y modelos tanto sustantivos como procesales de responsabilidad penal de las personas jurídicas que aseguren la imposición de penas. Ello compromete también al aplicador del derecho que, entre las distintas formas de interpretación y aplicación del modelo vigente, debería considerar aquellos que, superando funciones exclusivamente simbólicas de la RPPJ, permita generar efectos eminentemente instrumentales»³⁸⁸.

Una situación peculiar que se advierte en la finalidad preventiva de la pena en la última parte del primer inciso del art. 52, tiene que ver con la «reparación del derecho de la víctima». Lo que en la persona jurídica puede contribuir a persuadir en la valoración de ese coste beneficio con el daño-egreso de la pena, en la comisión delictiva bajo las formas preventivas expuestas.

De ahí que, resulte incuestionable afirmar que las prevenciones tanto generales como especiales generan efectos en la pena. Así por ejemplo, una pena de multa elevada impuesta a una empresa, causará efecto intimidante en otras que evitaban correr el mismo riesgo –prevención general–; y desde el sentir de la opinión pública, se esforzarán por no desmejorar o deteriorar su imagen o prestigio, de ahí que, la empresa sancionada tratará a toda costa de no volver a estar en problemas con la legalidad –prevención especial–³⁸⁹.

5.4.- Cumplimiento de las penas

En Ecuador a diferencia de España y otras legislaciones, no se contempla una regulación puntual y expresa que refleje el cumplimiento de las penas cuando exista concurrencia de infracciones como si lo hacen los arts. 70³⁹⁰ y 75³⁹¹ del CP español. Corresponde por ende, en el caso ecuatoriano, ubicar esta problemática en los arts. 20³⁹² y 55 del COIP, que al

³⁸⁷ BAUCELLS LLADÓS, J., «Las penas previstas», cit., p. 178,

³⁸⁸ BAUCELLS LLADÓS, J., «Las penas previstas», cit., p. 181.

³⁸⁹ Vid. CUADRADO RUÍZ, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿Un paso hacia atrás?», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, pp. 121-152.

³⁹⁰ En este artículo se regula el cumplimiento simultáneo de las penas en la siguiente forma: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas», Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁹¹ Según el cual «Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible», Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³⁹² Según el art. 20 del COIP cuando existe concurso real las infracciones se acumulan hasta un máximo del doble de la pena más grave, en todo caso con un límite máximo de 40 años.

regular el concurso real de infracciones el primero, determina también al igual que el segundo, la acumulación de penas. En estos casos, surge entonces la necesidad de establecer por un lado, pautas para el cumplimiento de esas penas cuando por ejemplo, a una persona jurídica se le condene por más de una infracción imputable, y por otro, cuando se enfrente al cumplimiento de varias penas aplicables por una misma infracción penal.

En efecto, el COIP al regular el concurso de infracciones da lugar por esta vía, a la vigencia del sistema o «*principio de acumulación de penas*» que implica, a su vez, los cumplimientos simultáneos o sucesivos de todas las penas impuestas por distintos delitos perpetrados. Así, en Ecuador las penas de prisión se acumulan hasta un máximo del doble de la pena más grave, debiendo observarse el techo máximo de los 40 años establecidos en los arts. 20 y 55. Luego, una vez que la persona sea sentenciada por el cometimiento de varias infracciones penales, se procederá a la acumulación en los términos del art. 20, y en ese evento, se advierte un cumplimiento sucesivo en la pena de prisión, esto por razones de «*naturaleza y efecto*» de esas penas. Sin embargo, cabe cuestionarse si el sistema de acumulación de es sólo para las penas privativas de libertad y las multas conforme al art. 55, o si por el contrario es para todas las penas conforme al art. 20.

El art. 55 que constituye la regulación puntual del sistema de acumulación de penas en Ecuador, establece que las multas «*se acumularán hasta el doble de la máxima impuesta*». Entonces, conforme a la literalidad de la norma, solamente se acumulan las penas de prisión y la multa. Por su parte, el art. 20 señala que en caso de concurso real «*se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave*». Este artículo al determinar la acumulación como consecuencia del concurso real de infracciones, no refiere ni determina que penas son acumulables, lo hace simplemente de forma genérica bajo la expresa advertencia de «*se acumularán las penas*», lo que denota, por ende, una respuesta afirmativa al segundo cuestionamiento planteado, en el sentido de que todas las penas son acumulables.

Al existir dos posibles respuestas, corresponde establecer cuál fue la intención del legislador al regular la acumulación en los arts. 20 y 55. En tal sentido, corresponde cuestionarse si la primera mención que hace el legislador en el art. 20, equivale a que su voluntad inicial es la de que todas las penas sean acumulables, y luego en el art. 55 solamente determina los tiempos de las acumulaciones de las dos penas –prisión y multa–; es decir, éste artículo sería una especie de complemento del art. 20 en el sentido de que, en aquél, se regula los tiempos de acumulación de la pena ya advertida. No obstante, admitir esta cuestión, equivaldría a admitir la vulneración al principio de legalidad de la pena, en el sentido de que las otras penas que no sean de prisión o multa también se acumulen, y que no se establezca respecto de

aquellas una regla que determine la forma o el tiempo de acumulación como la del 55. Sin embargo, cabe dejar planteada una primera hipótesis en el sentido de que únicamente se acumulan las penas de prisión y las multas conforme al art. 55, y conforme al art. 20 se acumulan todas, siempre que las que no sean prisión o multa se impongan como accesorias de éstas, en cuyo caso el sistema de acumulación se aplica bajo el principio universal de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Pero si no se está ante prisión o multa como la pena principal, por la regla del art. 55 no procedería en principio su acumulación.

Advertida así la cuestión de la acumulación, corresponde centrar el discurso en el cumplimiento de las penas de las personas jurídicas. En tal sentido, el COIP no contiene regla expresa más allá del contenido general de los arts. 58 y 59 que establecen el cumplimiento para el caso de prisión y por ende la de multa, además de un cumplimiento tácito de las demás penas accesorias que se impongan con éstas. En este caso, se estará ante cumplimientos o sucesivos o simultáneos que se presenten como consecuencia de una sola infracción, dejando por fuera a la persona jurídica a la que no se aplica prisión. Entonces, descartada esta clase de cumplimiento, corresponde analizar el cumplimiento advertido dentro de la acumulación de penas vía concurso real de infracciones; pero también al cumplimiento que se produzca fuera de los concursos, cuando por ejemplo, se le aplique a la persona jurídica más de una pena por un sólo delito.

En ese panorama, y bajo la premisa antes adoptada, cabría respecto de las personas jurídicas acumulación solamente en los términos del art. 55, en el que, descartando la prisión, solamente la multa sería susceptible de acumularles. Y esto tiene sentido, para los efectos de cumplimientos simultáneos o sucesivos ya que por ejemplo, en el caso de la pena de extinción a la PJ, si por la comisión de dos o más infracciones penales recibe en cada una de ellas penas de extinción, no se las podría cumplir sucesivamente por obvias razones –la extinción equivale a la muerte civil³⁹³ de la PJ y no se puede «matarla civilmente» dos veces–, en cuyo caso, no cabe el cumplimiento sucesivo ni el simultáneo (ya que en el primer caso, muerte dos veces una después de otra y, en el segundo, muerte dos veces al mismo tiempo). En este caso, se estaría ante una eventual fusión de la pena, en la que, cuando existan dos o más condenas con dos o más penas de extinción a una misma persona jurídica, esas extinciones deberán fusionarse y cumplirse una sola vez.

³⁹³ Vid. ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», AA.VV., M. Ontiveros Alonso (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 371-411.

Ahora bien, siguiendo los criterios de naturaleza y efecto de las penas³⁹⁴, para determinar si se las deberá cumplir o simultánea o sucesivamente, ya sea en caso de concurso o no, ha de analizarse cada situación en particular. En tal sentido, de haber concurso y por ende acumulación, dado a la concurrencia de delitos independientes y autónomos, y penas quizás idénticas o distintas entre ellas, habrá que estarse a cada caso concreto en particular, por la multiplicidad de penas que podrían confluir a efectos de acumularse. Respecto del segundo caso, es decir, cuando no proceda la acumulación, el cumplimiento tanto sucesivo como simultáneo va a depender de la posibilidad de esos cumplimientos en atención a esos criterios advertidos; en cuyo caso, FARALDO CABANA resalta la compatibilidad de la disolución solamente con la multa y la incompatibilidad con el resto de penas del catálogo español, lo que implica un cumplimiento simultáneo con la primera y sucesivo con las segundas; y, respecto de las demás penas como las restrictivas de derechos, por ejemplo, en las que los efectos serían similares, en caso de concurrir conjuntamente en una imposición, deberán cumplirse en forma sucesiva³⁹⁵. Por su parte, las demás penas, bajo los mismos criterios de compatibilidad, bien pueden cumplirse de modo simultáneo.

Dado que el catálogo ecuatoriano y el español contemplan también la disolución y la multa, el primer criterio advertido por FARALDO CABANA, resulta pertinente en el caso ecuatoriano. Sin embargo, el COIP contempla el comiso penal como pena para la persona jurídica (no advertido en el catálogo español, toda vez que en este país el comiso o decomiso no es considerado pena sino consecuencia accesoria), por lo que, además de la compatibilidad entre disolución y multa, también pueden haber compatibilidad entre comiso disolución y multa.

De otra parte, y finalmente, en caso de la concurrencia de penas dentro de un mismo delito, los criterios de naturaleza y efecto de las penas son también determinantes para su cumplimiento. Sin embargo, tanto en caso de concurso o no, esos criterios deben ser observados detenidamente en alguna de las penas del catálogo ecuatoriano aplicables a las personas jurídicas, sobre todo, en las penas que exigen inmediata aplicación para precautelar ciertos bienes jurídicos en atención a la gravedad, como por ejemplo, las clausuras y las reparaciones ambientales.

³⁹⁴ En art. 73 del CP. de España determina que: «Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas», Código Penal.

³⁹⁵ Vid. «Las Penas», cit., p. 114.

5.4.1.- Exigibilidad del cumplimiento de las penas para las personas jurídicas ante su quebrantamiento

El quebrantamiento de condena no está desarrollado en el COIP con esa denominación, lo que se regula es el delito por incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. Sin entrar en discusión profunda, se ha de indicar que, en todo caso, cuando una persona jurídica quebrante una pena atribuible mediante condena, no será susceptible de enjuiciamiento, toda vez que no se encuentra catalogado este delito dentro de los que le son atribuibles vía RPPJ.

A la luz de lo planteado, cabe entonces cuestionarse, ¿queda impune³⁹⁶ el quebrantamiento de condena a cargo de una persona jurídica? y quizás en estos casos, ¿se impone el delito del art. 282 a sus administradores para que por su intermedio respondan las entidades? O quizás ¿el juzgador debe prever o forzar el cumplimiento con multas coercitivas? Cuestionamientos a los que conforme a la actual regulación de la RPPJ en Ecuador, resulta difícil responder ya que en el primer caso, porque además que no regula estrictamente el quebrantamiento y si se lo quiere subsumir en el art. 282, al no estar catalogado como delito imputables a las personas jurídicas, no sería de todos modos atribuible y por ende sancionable. Luego queda la segunda opción, que quizás en Bolivia pueda ofrecer una solución con la regulación de la «*actuación en nombre de otro*», y que puede aparecer en el COIP en determinados delitos como por ejemplo, en las defraudaciones bursátiles³⁹⁷, o en el caso de las operaciones indebida de seguros³⁹⁸, empero, no resultaría aplicable a todos los delitos. Finalmente, la tercera opción, esto es, forzar el cumplimiento con multas coercitivas³⁹⁹, quizás pueda ser viable *de lege ferenda* observando, eso sí, las reglas del art. 54⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Este cuestionamiento es advertido también en la regulación española por la doctrina, así FARALDO CABANA, P., «Las Penas», cit., p. 115.

³⁹⁷ Reguladas en el art. 313 del COIP, las defraudaciones bursátiles presenta visos de esta posibilidad al señalar que «*La persona que realice cualquiera de las siguientes actividades, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años: (...) 2. Los administradores y demás personas que actuando a nombre de sociedades que, en estado de quiebra, emitan o negocien valores de oferta pública...*».

³⁹⁸ En el art. 316 del COIP respecto de las operaciones indebidas de seguro, se indica que «*Será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años: (...) En los casos precedentes, por las personas jurídicas serán responsables las o los administradores que autoricen las operaciones o los que a nombre de aquellas suscriban los respectivos contratos*».

³⁹⁹ En España el CP para la pena de multa, en caso de su incumplimiento se puede acordar la intervención judicial de la empresa (art. 53.5 CP).

⁴⁰⁰ El art. 54, respecto de la individualización de la pena, señala que: «*La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:*

1. *Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.*
2. *Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.*
3. *El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal*».

5.5.- Legalidad de las penas y persona jurídica

La legalidad de la pena, integrada por mandato constitucional⁴⁰¹ y convencional⁴⁰², en primer momento, en el principio procesal del art. 5.1 del COIP⁴⁰³, exige su observancia en el marco del respeto no solamente al debido proceso penal sino también en la determinación de la pena, esto último reforzado en el art. 53 que prohíbe la imposición de penas más severas que las determinadas en los tipos, la necesaria determinación de su duración, y la proscripción de penas indefinidas.

En el cometido advertido en el párrafo anterior, el legislador ecuatoriano ha incorporado penas para las personas jurídicas en el art. 71 del COIP, y bajo el marco de legalidad invocado, ha fundamentado el castigo a imponérselas frente a su responsabilidad penal, limitando de esa forma el *ius puniendi* también en el ámbito empresarial y corporativo, al exigir por un lado, regulación normativa que contenga esa descripción –elementos descriptivos precisos– de comportamientos prohibidos y sancionables (sobre todo en el ámbito de la RPPJ donde existe la tendencia a las remisiones normativas externas); y por otro, al exigir su regulación previa.

No obstante de lo indicado, el panorama no es tan claro, ya que al momento de contextualizar y justificar en Ecuador las penas aplicables a las personas jurídicas dentro de su sistema de responsabilidad penal, también habrá necesariamente que considerar la observancia que del respeto al principio de legalidad se vislumbra en el modelo de imputación. De ahí que, si se pretende un modelo vicarial o por transferencia, la legalidad de la pena resulta cuestionable⁴⁰⁴, mientras que, si se asume el modelo por autorresponsabilidad, la legalidad de la pena resulta incólume.

5.6.- Criterio de elección o imposición de las penas y proporcionalidad

Estos criterios se refieren a la alternabilidad que bajo parámetros de discrecionalidad tienen los jueces penales, para elegir de entre el catálogo del art. 71, una o más penas a imponer a las personas jurídicas. En ese sentido, se advierte que «*La mayor flexibilidad en la fase de imposición de la pena es una característica propia del sistema de penas para las personas jurídicas*»⁴⁰⁵. Sin embargo, el legislador ecuatoriano en la mayoría de los delitos atribuibles,

⁴⁰¹ El art. 76.3 de la CRE en la parte que compete a la legalidad de la pena señala que: «3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley...».

⁴⁰² En el ámbito regional, el art. 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos señala que «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

⁴⁰³ Según el que «no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho...».

⁴⁰⁴ Vid. MORALES, O., «La Persona Jurídica ante el Derecho y ante el Proceso Penal», *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario, núm. especial, 2011, pp. 142-154.

⁴⁰⁵ FARALDO CABANA, P., «Las penas», cit., p. 115.

ya ha predeterminado una o dos penas que obligatoriamente se impondrán, restándole al juzgador un poco de discrecionalidad o arbitrio judicial propios de esa flexibilidad advertida.

Estos dos primeros criterios no deben confundirse con la proporcionalidad⁴⁰⁶ de la pena, en el sentido de que aquellos permiten decidir o elegir la pena del catálogo, mientras que con la proporcionalidad el juzgador regula o modula de entre los límites mínimo y máximo la pena ya decidida en atención a los criterios indicados en el art. 54 (dosimetría penal). Dicho de otro modo, con el criterio de elección el juzgador elegirá además de la pena predeterminada en el respectivo tipo –que por lo general se le sea la multa–, cualquier otra de las del art. 71, y en su aplicación –observando el principio de proporcionalidad– la pena escogida será regulada en consideración a la infracción cometida (si elige, por ejemplo, imponer el trabajo comunitario sujeto a vigilancia y evaluación judicial, establecerá proporcionalmente los parámetros de duración de esta actividad). Esto en la medida que se asuma la posibilidad de imponer otras penas del catálogo a las predeterminadas en los tipos; caso contrario, la proporcionalidad servirá para modular los tiempos del trabajo comunitario y de las clausuras temporales, por ejemplo, cuando se las imponen como penas a las personas jurídicas en los respectivos tipos.

5.7.- Individualización o personalidad de las penas

No se agotará aquí el debate respecto de la discusión sobre si el principio de personalidad⁴⁰⁷ sufre o no quebrantamientos al momento de la aplicación de penas a las personas jurídicas, ya que con la incorporación en el país de la RPPJ, ese debate debe perfilarse más bien en la posibilidad o imposibilidad de imponer una o más de las penas descritas en el art. 71 en estricto apego a la personalidad. Aquí, habrá de estarse a lo señalado en la regla del art. 54 del COIP, que aunque visualice una regulación destinada para la persona natural, una vez que se ha incorporado el catálogo de penas específicas a las personas jurídicas, el juzgador tendrá que hacer uso de ella en la medida que les sean compatibles, al momento de imponerle una o más de las indicadas en el art. 71.

Por el principio de personalidad se garantiza que las penas sean impuestas y cumplidas en la misma persona so pena de su vulneración⁴⁰⁸. Esa premisa de estricta observación no presenta problemas en la persona natural, pero en el ámbito de las personas jurídicas siempre

⁴⁰⁶ Principio reconocido en el art. 76.6 de la CRE: «La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza».

⁴⁰⁷ Este principio también es suele denominárselo como principio de responsabilidad penal por el hecho propio. Así se refiere en España la STC 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3.

⁴⁰⁸ Vid. CUERDA RIEZU, A., «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 62, 2019, pp. 157-209. Al respecto este autor sostiene que: «se vulnera el principio cuando la persona “sustituta” cumple la pena en lugar de la persona “sustituida”».

habrá discusión⁴⁰⁹; así por ejemplo, uno de los temas de debate tiene que ver con la responsabilidad penal continuada de la persona jurídica, concretamente en los casos de disolución y liquidación. En efecto, de los casos anotados, en la disolución no se produce el traslado de responsabilidad social de una empresa a otra, sino a los socios, igual cosa ocurre en el ámbito de la RPPJ que como señala FARALDO CABANA, tampoco se produce el traslado de este tipo de responsabilidad de una compañía a otra sino a los socios y solamente las penas de multa⁴¹⁰. En este sentido, se puede presentar un conflicto con el principio de personalidad de las penas cuando, como se advierte, la multa impuesta como condena penal no se pueda cobrar con el patrimonio social de la empresa que se está liquidando, por ser éste insuficiente respecto de aquélla, en cuyo caso, no se podría transferir el resto del valor de multa a los socios, por lo que debería extinguirse⁴¹¹.

Para la liquidación, conforme a la LC le corresponde al liquidador ejecutar conforme al art. 387, las acciones que estén pendientes una vez que la empresa entre en proceso de liquidación. Dentro de esas acciones conforme a los numerales 10 y 11, el liquidador debe intervenir en la solución de obligaciones contraídas con acreedores, pero además, deberá encargarse del pago de las multas que la empresa en liquidación deba a la Superintendencia de Compañías y a otros entes públicos. Empero, respecto a la RPPJ para efectos del traslado de las penas de multa, por ejemplo, cuando el capital social del que dispone el liquidador es insuficiente al valor de lo impuesto en sentencia penal, la cuestión al igual que en el caso de la disolución, resultan discutibles.

La solución a las cuestiones advertidas deberá buscarse en el art. 54, que para efectos de individualizar la pena considera tanto a las circunstancias que rodean el delito, a las atenuantes y también a las agravantes; así como a la situación personal de la víctima y a la gravedad de la lesión sufrida; y, también, al grado de participación en el delito y las circunstancias que afecten la responsabilidad penal.

5.8.- Penas específicas aplicables a las personas jurídicas

En Ecuador, el art. 71 del COIP establece siete clases de penas que bajo la denominación de «*específicas*», les son aplicables a las personas jurídicas en caso de determinarse su

⁴⁰⁹ El art. 130. 2 del CP prevé que: «*El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella*».

⁴¹⁰ Vid. «Las penas», cit., p. 116.

⁴¹¹ Con esta advertencia, la autora además cuestiona ciertos aspectos que resultarían inciertos en la legislación española y que en una tarea comparada, se considera que también resultarían inciertos en la legislación penal ecuatoriana. Cuestiones como la posibilidad o no de la aplicación de la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa al socio insolvente; la situación en casos de disolución de las penas no pecuniarias; la traslación a los socios de las penas de cierre de establecimientos o intervención judicial. En este sentido, véase FARALDO CABANA, P., «Las penas», cit., p. 117.

responsabilidad penal. Estas penas consisten en: multa, comiso penal, clausuras temporales o definitivas de locales o establecimientos, actividades comunitarias, remediación integral de daños ambientales, disolución y liquidación, y prohibición temporal y definitiva de contratar con el Estado.

5.8.1.- La pena de multa

Considerada como la «*pena estrella*»⁴¹² con visos en la prevención general positiva, es una sanción restrictiva de derechos de propiedad⁴¹³. Se trata de una pena pecuniaria que respecto de las personas naturales, se aplica como consecuencia de sanción en todas las infracciones reguladas en el COIP, conforme lo indica el propio texto del art. 70⁴¹⁴. Para efectos de la imposición de las multas, las reglas de cuantificación del art. 70⁴¹⁵ determina montos que van a depender de los diferentes tipos de infracciones y por ende de las penas de prisión contenidas en ellas.

Como pena específica de la persona jurídica, merece reflexión tanto a la hora de la acumulación con otras multas cuando se presenta concurso real, cuanto con la concurrencia de otras penas del mismo tipo y sus consecuentes implicaciones en los cumplimientos simultáneos o sucesivos, los que como han quedado indicado, deberán abordarse bajo los criterios de naturaleza y efectos de las penas, y que al amparo de la regla del art. 69⁴¹⁶ que advierte –para el caso de personas naturales– el cumplimiento simultáneo con otras penas

⁴¹² DEL MORAL GARCÍA, A., «Régimen de Penalidad de las Personas Jurídicas» en https://unir-espana.s3.amazonaws.com/Facultad_Ciencias_Juridicas/Experto_Universitario_en_Compliance/PER04/doc/t3_moral.pdf. Este autor además, sostiene que la multa es la única pena que es obligada en todos los casos excepto en las penas de inhabilitación para recibir subvenciones o gozar de beneficios o contratar con el sector público.

⁴¹³ El art. 69 del COIP la establece a la multa como una de las tres clases de penas restrictivas de derechos de propiedad.

⁴¹⁴ El art. 70 en su primer inciso señala que «En las infracciones previstas en este Código se aplicará además la pena de multa conforme con las siguientes disposiciones...».

⁴¹⁵ Los rangos de multas indicados obedecen a su vez a los rangos de las penas privativas de libertad descritos en los 15 numerales del art. 70. Su conocimiento para los fines de este trabajo es necesario, toda vez que pese a que el legislador en algunos casos ha determinado los rangos de las multas en cada delito en particular aplicable a las personas jurídicas. Sin embargo, en otras ocasiones no lo ha hecho, como ocurre por ejemplo, en los delitos contra la humanidad, en donde al final de ellos, el art. 90 regula la RPPJ por no contemplar la pena de multa, se debe aplicar el art. 70 y cuantificarlas conforme a sus 15 reglas. Así, para el genocidio (art. 79), el exterminio (art. 81), la persecución (art. 86), el apartheid (art. 87), la agresión (art. 88), y los delitos de lesa humanidad (art. 89), dado el rango de la pena de prisión similar en todos estos delitos (26 a 30 años) la pena de multa es de mil a mil quinientos SBU, esto en aplicación de la regla 15. Luego en los delitos de esclavitud (art. 82), deportación o traslado forzoso (art. 83), desaparición forzada (art. 84), ejecución extrajudicial (art.85), la pena de multa dado el rango común de la pena de prisión (22 a 26 años), la pena de multa fluctúa entre los 800 a 1000 SBU, en aplicación de la regla 14. Finalmente, en el caso de etnocidio (art. 80), la pena de multa según el rango de la pena de prisión (16 a 19 años) es de trescientos a seiscientos SBU, en aplicación de la regla 13. Esto además, por cuanto el mismo art. 70, en su primera parte señala la exigencia de aplicar la multa en todas las infracciones además de las otras penas, y porque precisamente, la multa es una de las penas aplicables a las personas jurídicas. En Ecuador, las multas de cuantifican por Salarios Básico Unificados del Trabajador en General. Así, dependiendo de las penas privativas de libertad, las multas van desde el veinticinco por ciento de un SBU; uno a dos SBU; dos a tres SBU; tres a cuatro SBU; tres a ocho SBU; cuatro a diez SBU; diez a doce SBU; doce a veinte SBU; veinte a cuarenta SBU; cuarenta a sesenta SBU; cien a trescientos SBU; trescientos a seiscientos SBU; seiscientos a ochocientos SBU; ochocientos a mil SBU; mil a mil quinientos SBU - . La determinación monetaria de la multa va a sufrir modificaciones progresivas dependiendo de las variaciones que sufra el SBU. Contrario a lo que ocurre en España, por ejemplo, donde las penas de multa se cuantifican o computan por días bajo el sistema «*día-multa*» conforme a las reglas de los arts. 50, 51, 52 y 53 del CP.

⁴¹⁶ El art. 69 del COIP señala que «*La multa debe pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia se ejecutorie*».

en caso de concurrencia. De ahí que, de asumirse también este criterio legal de cumplimiento de la multa para las personas jurídicas, habrá de cumplirla también de forma simultánea. Por otro lado, las consideraciones de accesoriedad o principalidad de las multas, dado la predeterminación que el legislador ha hecho en los tipos penales y a la especificidad expresa en el numeral 1 del art. 71, sumado a la advertencia del inciso final del art. 70, evidencian la categoría de pena principal en su aplicación a las personas jurídicas.

Por otro lado, en el COIP pese a que en principio, como se indicó, el art. 69 prevé su pago íntegro e inmediato, sin embargo, contempla también la posibilidad de cumplimientos distintos cuando la persona sentenciada demuestre su incapacidad material para cancelarla de la forma indicada, permitiéndole en este caso, dos posibilidades de pago y una remisión o condonación parcial.

En efecto, por una parte el art. 69 permite el pago a plazo o por cuotas que se lo abonará durante el mismo tiempo de la condena. Esta forma de pago será autorizada y determinada por el juzgador. Ahora bien, la finalidad de permitir el pago a plazos o por cuotas si bien parece dirigida únicamente a las personas naturales, sin embargo, puede que también una persona jurídica habiendo quedado luego de litigar, por ejemplo, en una situación económica difícil, no le alcance para cubrir de contado los montos de la multa. En este evento, no se observa inconveniente alguno para que el juzgador, bajo criterios del art. 69.1, le permita a la persona jurídica cancelar la multa por cuotas o a plazos. No obstante, en los tipos donde se impone multa y otras penas no cuantificables en el tiempo como la extinción, comiso, clausuras o prohibiciones definitivas, resulta complejo y posiblemente improcedente el pago de la multa bajo esta modalidad.

Otra posibilidad de pago consiste mediante servicio comunitario, siempre que se trate de infracciones sancionadas con penas privativas de libertad de un día a seis meses, condicionamiento que torna a esta forma de pago, inaplicable a la persona jurídica.

Finalmente, otra posibilidad de pago consiste en la condonación parcial de la multa impuesta, siempre que además, se demuestre extrema pobreza. Esta última posibilidad aunque es difícil que se de en la práctica no imposible de aplicarse a favor de la persona jurídica, esta vez ya no solamente respecto de su concurrencia con ciertas penas temporales sino con todas, siempre que la condonación parcial permita el pago total de la multa restante no condonada, lo contrario, si se permite además del pago parcial la posibilidad de pagar el resto en cuotas o a plazo, se ha de considerar su concurrencia con otras penas temporales. De todas formas, la situación no está clara respecto de las modalidades de pago de multas advertidas, y ni la doctrina ni la jurisprudencia hasta ahora han hecho eco estas preocupaciones.

Cuestión diferente se observa en España, donde el legislador con la introducción del sistema de RPPJ en la Parte General del CP ha regulado criterios de imposición y cuantificación de la pena de multa que se imponen a las personas jurídicas. Así, el art. 33.7 CP, establece por un lado su consideración de pena grave; luego, la señala en la letra a) como la primera de las penas bajo la modalidad de proporcional. En el art. 50.3 se la diferencia de la multa aplicable a las personas físicas en cuanto a los límites máximos de su duración, especificando para las personas jurídicas una duración máxima de cinco años a diferencia de los dos años que se advierten para las físicas. Luego, ya en lo que respecta a las pautas para la cuantificación de los días, el art. 50.4 diferencia también a las personas jurídicas de las físicas, estableciendo para el caso de aquellas, valores por la multa diaria que van desde los treinta hasta los cinco mil euros (significativamente mayor al de las personas físicas). De su lado, el art. 52.4 prevé cálculos especiales para los casos de imposibilidad de cálculos en base a ciertos criterios de proporción, en cuyo caso ha predeterminado tres reglas⁴¹⁷ que permitan suplir esas imposibilidades.

5.8.2.- El Comiso penal

Ya en el año 1764 BECCARIA se preocupaba por las denominadas confiscaciones, a las que las desaprobaba por considerarlas no necesarias y por ende injustas, amén de su utilidad, puesto que a su criterio harían sufrir al inocente la pena del reo, conduciéndoles a la necesidad por delinquir⁴¹⁸. La utilidad de esta pena generaría en lo posterior, debates que devinieron en posturas y profundizaciones doctrinales respecto de su extralimitación y también respecto de su accesoriad⁴¹⁹.

Del comiso se le atribuye su origen etimológico al latín «*commisum*», que para la Real Academia Española es la confiscación o una pena accesoria de la principal que priva de forma definitiva la propiedad de los instrumentos y el producto del crimen. Es debatible la consideración de pena accesoria que da la definición indicada ya que los bienes caídos en comiso sufren una traslación de dominio por imperio de ley, empero, leyendo a ABDELNOUR⁴²⁰, en el sentido que el comiso al carecer de eficacia reparadora no participa

⁴¹⁷ «a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos», Código Penal.

⁴¹⁸ Vid. *De los delitos y de las penas*, J. de las Casas (trad.), Ed. Tecnos, Madrid, 2008. Este autor se refería al comiso como confiscación.

⁴¹⁹ En el debate doctrinal respecto de la naturaleza de esta institución penal, asoman voces que la consideración como pena accesoria, otras como consecuencia civil del hecho punible y otras como consecuencia accesoria independiente de la responsabilidad civil o penal, disponible en: https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/Revista%20Judicial%20110/PDFs/10_archivo.pdf

⁴²⁰ Vid. *La Responsabilidad Civil Derivada del Hecho Punible*. Editorial Juricentro, San José, 1984.

del carácter privado que tiene toda responsabilidad civil, y tampoco tendría carácter impersonal, se lo ha de asumir en principio como pena accesoria propia para las personas jurídicas, aunque lo de pena accesoria en el caso ecuatoriano solo es procedente en ciertos casos.

El comiso penal es una pena restrictiva de los derechos de propiedad regulado en el caso ecuatoriano en el art. 69.2 (COIP), y recae sobre bienes o instrumentos empleados o que son productos o réditos del cometimiento de delitos dolosos (no culposos)⁴²¹. Esta regulación penal recoge algunas características de las definiciones que al respecto ha elaborado la doctrina, al que por una parte, lo considera como la pérdida de efectos, objetos y de las ganancias derivados o relacionados con la infracción⁴²²; o como la pérdida de los efectos, de los instrumentos o de las ganancias resultantes de una comisión delictual⁴²³; aunque también lo definen como la pérdida del dominio, de la propiedad o del título traslativo de dominio de tales bienes derivados de una consecuencia delictiva⁴²⁴. El COIP al igual que otros Códigos penales como por ejemplo los de Bolivia y Cuba⁴²⁵, establece al comiso como una pena a imponerse a las personas jurídicas a título de RPPJ.

En Ecuador, además de las cinco formas de comiso señaladas en las letras *a, b, c, d, e*, asoma esta pena en sus modalidades de «*comiso especial*», de «*comiso sobre bienes en poder de terceras personas*»⁴²⁶; además de un «*comiso por valor equivalente*» sobre otros bienes del penado aunque no estén vinculados con el delito, cuando no se puedan comisar bienes, fondos o activos, productos o instrumentos, pero para el caso de la persona jurídica, únicamente en los delitos de cohecho, testaferrismo, trata de personas, y tráfico de migrantes (la citada norma contempla otros delitos, sin embargo solamente los indicados les son aplicables a las personas jurídicas a título de RPPJ).

Sin embargo, respecto del comiso a imponerse a las personas jurídicas condenadas, el legislador en el art. 71. 2 del COIP, advierte que los negocios jurídicos relativos a los bienes comisados cesan de pleno derecho dejando a salvo el derecho de terceros de buena fe.

⁴²¹ Aunque antes de la vigencia del COIP, el Código Penal de Ecuador no excluía de comiso «*especial*» a los delitos culposos.

⁴²² Vid. CEREZO DOMINGUEZ, A., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Comares, Granada, 2004.

⁴²³ Vid. BERDUGO GÓMES, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J., GARCÍAS RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J., TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia S.L, Barcelona, 2004.

⁴²⁴ En este sentido véase en AGUADO CORREA, T., *El Comiso*. EDERSA, Madrid, 2000; PRATS CANUT, J., MORÁN MORA, C., «El Título V. De las consecuencias accesorias», en AA.VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi S.A. 3º edición, Navarra, 2004, 646 y ss.

⁴²⁵ En Cuba se considera de forma expresa al comiso como una pena accesoria, según la letra a del numeral 6 art. 28 del Código Penal.

⁴²⁶ El art. 69 f) del COIP, señala que «*Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada*».

5.8.3.- La pena de clausura de la persona jurídica

La clausura como pena restrictiva o privativa de los derechos societarios⁴²⁷ para la persona jurídica, en Ecuador se inaugura con el COIP. No obstante, su experiencia data de mucho antes y a título de consecuencia accesorio⁴²⁸. En su nueva faceta de pena para la persona jurídica, la clausura de locales o establecimiento no escapa de la discusión crítica respecto de su totalidad o parcialidad, pese a que seguramente el legislador ecuatoriano quiso optar por una solución adecuada, sin embargo, la cuestión no ha sido zanjada del todo.

En el Derecho comparado, en España desde su incorporación como pena para las personas jurídicas, la doctrina sigue discutiendo sobre la totalidad de clausura de los establecimientos o locales. En ese sentido, hay quienes defienden que la clausura debe ser de todos los locales o establecimientos; mientras que otros optan por la clausura solamente de aquellos vinculados con los hechos que configuran el delito⁴²⁹. Y es que, esa discusión se debe a la redacción empleada por el legislador español en el número 7 del art. 33 del CP, que en la letra d) señala de forma no delimitada la clausura. Mientras que en el caso ecuatoriano, el legislador en el art. 71.3 del COIP ha señalado que la clausura de locales o establecimientos ha de realizarse «*en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal*». Una propuesta más puntual es aquella que sugiera clausurar los locales «*en función de la vinculación con los hechos delictivos cometidos*»⁴³⁰, esto permitirá la clausura solamente de aquellos establecimientos o locales vinculados con el delito y no con el lugar de la comisión⁴³¹.

Retomando el análisis local de esta clase de pena, merece cierta reflexión el planteamiento respecto de que si «el lugar» es atendido en sentido de jurisdicción, o como lugar físico del local o establecimiento donde se ha cometido la infracción. Si es en consideración al lugar como jurisdicción territorial, entonces, conforme a la redacción plural que el legislador emplea en los tipos, la clausura sería de todos los locales o establecimientos que la persona jurídica tenga en esa jurisdicción; empero, si se refiere al lugar como espacio físico establecimiento o local, entonces, sería solamente la clausura de aquel o aquellos establecimientos donde se ha cometido la infracción. Una situación distinta y coherente se observa en la regulación que como consecuencia accesorio contemplaba el anterior Código Penal de Ecuador, que

⁴²⁷ Vid. DIEZ PIPOLLÉS, J., «Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación española», en *Estudios en homenaje al Profesor Rodrigo Fábio Juárez Montes*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 195-217.

⁴²⁸ Así al menos asoma como antecedente inmediato en el último Código Penal vigente antes de la entrada del COIP. Así por ejemplo, en el Capítulo agregado de los delitos relativos a la comercialización ilícita de combustibles derivados de hidrocarburos, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, a continuación del art. 367, el art. agregado (1) en el inciso segundo, luego de establecer la pena de reclusión y multa, impone también la *clausura definitiva* del establecimiento para las personas naturales propietarios o administrador de plantas de abastecimiento.

⁴²⁹ Así lo sostienen entre otros, FARALDO CABANA, P., «Las Penas», cit. p. 142; NEIRA PENA, A., «Las penas aplicables a personas jurídicas», en AA.VV., P. Faraldo Cabana y L. Puente Aba (dirs.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; pp. 393-426.

⁴³⁰ FARALDO CABANA, P., «Las Penas», cit. p. 143.

⁴³¹ De ser así, y toda vez que un delito atribuible a la persona jurídica puede ser cometido en otro lugar distinto o incierto al lugar donde funcionan sus locales o establecimientos, en cuyo caso, la regla del lugar de la comisión imposibilitaría la imposición de esta pena.

individualizaba al «*establecimiento*» para la imposición de su clausura⁴³². En esos casos, las clausuras comprendían específicamente al establecimiento en el que o con el que se comete la infracción.

De ahí que, en lo personal, dado las complicaciones advertidas en la regulación ecuatoriana referida al local de la comisión de la infracción, se considera, en atención a necesidades preventivas y de precautela de derecho de terceros, que las clausuras temporales o definitivas deben realizarse únicamente sobre aquellos locales o establecimientos vinculados con el delito, como advierte FARALDO CABANA. Y esto porque, de no ser así, se corre el riesgo, entre otras cosas, de dejar fuera de esta pena a locales vinculados indirectamente con el delito por no encontrarse ubicados en el lugar de su comisión, y que como consecuencia de ello, se pongan en peligro determinados bienes jurídicos; o, bien, de tratarse de empresas cuyas actividades delictivas las ejecuten mediante el establecimiento de software, se torne complejo la determinación del lugar de comisión delictiva, cuando no se pueda determinar desde que local o establecimiento físico se cargó la información que la propició.

5.8.3.1.- Clausuras temporales

Estas clausuras conllevan, a su vez, la suspensión de las actividades en locales o establecimientos. Con arraigo en el Derecho administrativo sancionador, el actual Código Orgánico Administrativo (COA) las contempla como medidas cautelares⁴³³ y de protección⁴³⁴, por lo que, respecto de su condición de penas, el COA no ofrece ninguna posibilidad de sustraerse a él, al menos no para obtener pautas de aplicación como sanción penal.

Aunque por tratarse de una pena que reviste efectos suspensivos, estos serían similares a los de una medida cautelar en cuanto producen suspensiones, pero en cuanto a la finalidad, discrepan totalmente. Así, se advierten sus efectos suspensivo en el sentido de su temporalidad, es decir, se trata de una sanción de carácter temporal con fines, aunque sancionadores –y en esto se adscribe a la pena–, también reviste fines precautelares –en esto se parece a las medidas cautelares–. Y es que precisamente, esta pena es una de las que comparte también carácter de medida cautelar conforme al art. 550.1 del COIP, como se verá con más detenimiento en el Capítulo III de este trabajo.

⁴³² Así, por ejemplo, para el caso de tráfico ilegal de hidrocarburos (art. 1 incorporado a continuación del art. 367 CP.), se dispone la clausura definitiva «*del establecimiento*»; y, en los delitos contra el medio ambiente (art. 347-K) clausura «*del establecimiento de que se trate*».

⁴³³ El numeral 4° de art. 189 del COA la regula como una medida cautelar: «*Medidas cautelares. El órgano competente, cuando la ley lo permita, de oficio o a petición de la persona interesada, podrá ordenar medidas cautelares, pudiéndose adoptar las siguientes:...(sic) 4. Clausuras de establecimientos...*».

⁴³⁴ Por su parte el art. 181. 4 las regula también, pero como una medida de protección: «*Medidas provisionales de protección. Se pueden adoptar las siguientes medidas cautelares... (sic) 4. Clausuras de establecimientos...*».

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos⁴³⁵, el COIP no regula expresamente en la norma que la determina como pena (art.71.3 COIP), el tiempo de duración de las clausuras temporales, no obstante, de forma paulatina, en las diferentes reformas ha ido incorporando como criterio de temporalidad, la duración de la pena privativa de libertad prevista en los tipos penales, es decir, si el delito tiene una pena de prisión de 5 a 7 años, ese mismo tiempo durará las clausuras temporales que conjuntamente con la prisión se impongan como pena, como se verá *infra*.

La clausura temporal como pena, ha sido predeterminada expresamente por el legislador en algunos tipos penales como ocurre por ejemplo, en la desatención del servicio de salud (art. 218), y en las infracciones contra el ambiente y la naturaleza (arts. 245 a 255) cuando los delitos tengan una pena privativa de libertad de tres a cinco años. De ellos, el art. 247 reformado que tipifica los delitos contra la flora silvestre, contiene una especificación propia del tiempo de duración de la clausura temporal equivalente en este caso, al mismo tiempo de la pena de prisión impuesta a la persona natural sancionada por este delito, y cuyo rango fluctúa entre uno a tres años; determinación que no se observa en el art. 258 que contiene la regulación que contempla las penas que se impondrán para las personas jurídicas por los delitos contra el medio ambiente y la naturaleza. Además, el art. 258 de COIP reformado, ha incorporado un lapso de temporalidad de la clausura, en atención a la pena de prisión que contempla el tipo (1 a 3 años). Finalmente, el art. 264 reformado que tipifica el almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles, contempla la pena de clausura temporal con determinación del tiempo, que al igual que el caso anterior, va a depender de la duración de la pena de prisión señalada para la persona natural sancionada por este delito, pero esta vez, basado en los siguientes rangos: en casos de mínima escala, de dos a seis meses; en mediana escala, de seis meses a un año; en alta escala, de uno a tres años; y, en los casos de gran escala, de tres a cinco años.

Por otro, el caso del art. 242 que sanciona a la persona jurídica por el delito de retención ilegal de aportes a la seguridad social, parece tratarse de un caso de clausura temporal condicionada por la cancelación de los valores adeudados, aunque esa clausura bien podría convertirse en definitiva en caso de que la entidad no pague los valores retenidos al trabajador de forma ilegal.

⁴³⁵ Así, por ejemplo, en Argentina, aunque no se contemple a la clausura como pena para las personas jurídicas, si se establecen tiempos de duración de la pena de suspensión total o parcial de actividades para las que se señala un límite de tiempo máximo de diez años. Bolivia, tampoco contempla expresamente la pena de clausura para las personas jurídicas, sin embargo establece rangos de temporalidad para las penas de suspensión de actividades que en todo caso prevén suspensiones por un máximo de dos años. En Cuba en la letra b), numeral 4 del art. 28.1 del Código Penal, se puede verificar una temporalidad en la clausura que va desde los tres meses a los dos años. Mientras que en España el art. 33.7 letra d), temporaliza la clausura en un lapso de tiempo que no supera los cinco años.

5.8.3.2.- Las clausuras permanentes

Son clausuras de locales o establecimientos que revisten efectos definitivos, es decir, no rehabilitan a la entidad para la reapertura de dichos locales como si ocurre con las temporales. Estas clausuras se encuentran reguladas como sanciones para las personas jurídicas en determinados tipos penales, como por ejemplo, en el caso de las insolvencias fraudulentas (art. 205), o dentro de los delitos contra la naturaleza o el medio ambiente cuando la pena de prisión supera los cinco años, en los delitos económicos (arts. 307 al 324) en aquellos delitos que contemplen penas de prisión igual o menor a los trece años, conforme a las reglas del art. 325.

En el caso puntual de la determinación de sanciones para las personas jurídicas, que se desprende de la redacción del citado artículo, se presenta una situación peculiar que merece ser aclarada. En efecto, de forma puntual el art. 325.3 del COIP contempla una redacción que genera dudas, en el sentido de que establece como sanción para la persona jurídica «*Clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, si el delito cometido tiene prevista una pena de privación de libertad igual o menor a trece años*», cuando los dos anteriores numerales sancionan solamente con multa ascendente los delitos que tienen rangos de pena privativas de libertad de menos de cinco años en el numeral 1, y de diez o menos de diez años en el numeral 2. La duda se genera cuando el citado numeral 3, incorpora a la clausura definitiva como pena y la redacción sugiere para delitos que contemplan pena de prisión de trece o menos años. En este caso ¿se está ante una exclusión inferior progresiva de penas (solamente clausura definitiva en delitos con prisión superior a diez años, no menos) y exclusión superior progresiva penas (solamente clausura definitiva en delitos prisión de hasta 13 años, no más)?; o ¿acaso se está frente a una pena de clausura definitiva en todos aquellos delitos económicos que contemplen penas de hasta trece o menos de trece años sin la exclusión inferior progresiva?

Creo que el legislador con esta redacción que evidencia una técnica legislativa cuestionable, ha creado una confusión, toda vez que con ella, se pueden generar serias dudas al momento de una interpretación para efectos de que en la práctica se imponga esta clase de clausura por delitos económicos, lo que, de admitirse el segundo criterio, puede generar afectaciones al principio de legalidad de las penas que por extensión, como se dijo en su momento, le es aplicable también a las personas jurídicas.

5.8.3.3. Criterios para imponer penas de clausuras a las personas jurídicas y objeto

Para efectos de abordar este tema se debe tener en consideración, por un lado, si se trata de clausuras determinadas en ciertos tipos o no; y por otro, si los criterios sirven solamente para determinar las clases de clausura o si también sirven para establecer el rango de tiempo de la clausura temporal.

En tal advertencia, los criterios de imposición serán los específicos determinados en el art. 71.3 siempre para las clausuras provisionales ya sean determinadas en el tipo o no; mientras que para las clausuras permanentes si éstas están predeterminadas en los tipos, se las aplicará *ipso iure*, pero si no están determinadas, serán impuestas siempre en atención a los dos criterios del art. 71.3. Esto tendrá cabida en la medida que siguiendo el criterio de imposición que el COIP establece para las personas físicas, se faculte al juzgador para que además de las penas determinadas en los tipos, se imponga otra u otras de las del catálogo del art. 71, caso contrario esta pena solamente procederá cuando conste como pena puntual en los respectivos tipos.

En el análisis expuesto y conforme al art. 71.3, los criterios para determinar el tipo de clausura y la temporalidad, que de forma no concurrente podrá optar el juzgador, son como ha quedado indicado *supra*, la gravedad de la infracción o el daño causado. Se puede observar que en el caso de la clausura temporal el legislador ha dejado un amplio margen de discrecionalidad al juzgador (excepto en los ciertos delitos), para que sea éste el que determine en base a cualquiera de esos dos criterios, el tiempo de duración de la clausura, contrario a lo que ocurre, por ejemplo, en España⁴³⁶, Cuba⁴³⁷ o Perú⁴³⁸, en donde se determina expresamente el tiempo máximo de duración de la clausura temporal. De otro lado, países como Argentina, Bolivia, Chile por ejemplo, han preferido imponer suspensiones parciales de actividades, estableciendo en cada caso, tiempos de duración sin mención a la clausura de locales o establecimientos.

Por otra parte, el objeto sobre el que recae las clausuras, puede ser locales, que entendido para los efectos legales interesa como «*sitio cercado o cerrado y cubierto*»⁴³⁹, ya que se refiere al espacio físico donde funciona una empresa o corporación persona jurídica, mientras

⁴³⁶ El art. 33.7, letra d) establece como pena aplicable a las personas jurídicas en España, la «*clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años*». Código Penal de España, disponible en: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/>

⁴³⁷ Art. 28.4 «*b) clausura temporal, que consiste en el cierre total del establecimiento, local, oficina o negocio de la persona jurídica, por el término que determine la sentencia, el cual no puede ser inferior a tres meses ni exceder de dos años*»; Código Penal de Cuba, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/cu/cu004es.pdf>

⁴³⁸ Art. 5.3 d. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no mayor de cinco años.

⁴³⁹ Así lo definen los numerales 1 y 5 del Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=NXeWGhG> (Rec. 22-10-208)

que, ha de entenderse por establecimiento, al «*lugar donde habitualmente se ejerce una actividad*» o también al «*local de comercio*»⁴⁴⁰. Entonces, será la actividad la que permita diferenciar si se está frente a un local o a un establecimiento. Esta distinción es trascendente ya que permite en otros países⁴⁴¹ diferenciar, a su vez, las clausuras de las suspensiones, sanción esta última que no contempla el COIP como pena específica de la persona jurídica sino como medida cautelar.

Luego, puede presentarse el caso de una empresa persona jurídica privada extranjera, con capital representado solamente con acciones o participaciones nominativas y que las tengan en compañías ecuatorianas, sin que se dediquen a alguna otra actividad en el país, ya sea de forma habitual o temporal, en cuyo caso no tendrán establecimientos permanentes, y al exigírseles solamente apoderado o representante, éstos no responderán personalmente por los actos de la compañía (art. 6 LC). En tal evento, el establecimiento que responda por la empresa extranjera, podría ser el o los establecimientos fijados por la empresa nacional que comparte las acciones o participaciones de aquellas.

5.8.4.- Actividades en beneficio de la comunidad

Los servicios comunitarios, englobados dentro del término genérico actividades, se tratan de penas que reguladas en el art. 60 son consideradas no privativas de libertad, aunque el art. 69 la considera también como pena restrictiva de los derechos de propiedad, no obstante, su trato difiere de alguna forma como se verá más adelante. El citado artículo en el numeral 2, le da a esta pena la advertencia de obligatoriedad, lo que –a mi juicio– innecesariamente refuerza su carácter de sanción, pues toda pena debe ser de obligatorio cumplimiento. Esta clase de servicio consiste en el trabajo personal gratuito impuesto mediante sentencia, de ahí su obligatoriedad y por ende su carácter de pena.

Por tratarse esta pena, precisamente, de un trabajo, está sujeta a límites de duración y de temporalidad. Así, para su imposición se tomará en cuenta su techo máximo de doscientas cuarenta horas en los delitos sancionados con pena de más de seis meses de prisión; mientras que, en los delitos de hasta seis meses, el tope máximo es de ciento ochenta horas; siempre que en todos los casos se observen las reglas del art. 63⁴⁴² que lo regula. En estas

⁴⁴⁰ Números 5 y 6 del Diccionario de la Lengua Española, disponible en <http://dle.rae.es/?id=GioXRTI> (Rec. 22-10-2018)

⁴⁴¹ España por ejemplo, contempla en el art. 33.7 letra c) del Código Penal.

⁴⁴² Según el art. 63 COIP, debe sujetarse a las siguientes reglas: «1. *Que se ejecuten en beneficio de la comunidad o como mecanismo de reparación a la víctima y en ningún caso para realizar actividades de seguridad, vigilancia para generar plusvalía o utilidad económica.*

2. *Que el tiempo para su ejecución no impida la subsistencia de la persona con condena, pudiendo ejecutarlo en tal caso después de su horario de trabajo, los fines de semana y feriados.*

3. *Que su duración diaria no exceda de tres horas ni sea menor a quince horas semanales.*

4. *Que sea acorde con las aptitudes de las personas con discapacidades que hayan sido condenadas»*

reglas, con excepción de la regla 4 que precautela intereses de sentenciados cuando son personas físicas con discapacidad, se desarrollan las condiciones de cumplimiento que bien pueden adaptarse a los casos en los que se impongan contra personas jurídicas.

Ahora bien, es necesario clarificar el panorama regulatorio y establecer la diferencia entre el servicio comunitario como pena no privativa de libertad en términos generales, y el servicio comunitario mutado a pena restrictiva de los derechos de propiedad. En el primer caso, la regulación del art. 60 y sobre todo la del art. 63 sugieren su concurrencia, tanto en las infracciones sancionadas con hasta seis meses de prisión y en contravenciones como en todas las restantes, con la única restricción –en éste último caso– de la observancia en los límites máximos de su duración establecida en doscientas cuarenta horas; mientras que, en el segundo caso, esto es, como pena restrictiva de los derechos de propiedad, el servicio comunitario conforme al art. 69.1 c) solamente procedería como excepción en infracciones sancionadas con penas de un día a seis meses, para sustituirla con la pena de multa ante la imposibilidad de su pago.

La situación advertida, contribuye al debate respecto de la especificidad de las penas aplicables a las personas jurídicas y su necesidad *de lege ferenda*, por una regulación más amplia o explícita. Esto porque, para efectos de imposición como pena a las personas jurídicas, resulta más acertado ubicar al servicio, trabajo o actividad comunitaria como pena restrictiva de los derechos de propiedad, que como pena no privativa de libertad, ya que de esta forma cumpliría en la persona jurídica de mejor forma esa prevención general positiva que promulga el COIP en el art. 51, a menos que se admita a la «*libertad empresarial*» dentro de las finalidades preventivas de la pena en Ecuador, en cuyo caso tendría cierto justificativo la consideración actual de no restrictiva de los derechos de propiedad, pero de forma más adecuada, se acoplaría mejor a los fines de la pena en la persona jurídica, su consideración como pena restrictiva de los derechos de propiedad, y no solamente en los casos de sustitución por la multa.

El art. 71.4 exige, además, que la actividad en beneficio de la comunidad o sociedad sea sujeta a seguimiento, control y evaluación por parte del órgano judicial. Se trata, por un lado, de que el seguimiento o control está dirigido a la verificación, por parte del órgano judicial, de la realización de la actividad en las jornadas preestablecidas desarrolladas por la persona jurídica (persona físicas delegadas por las jurídicas para el efecto), es decir, seguimiento o control a la persona jurídica penada; y, por otro, la evaluación por parte del órgano, a los

avances o ejecución misma de la actividad comunitaria, es decir al objeto del servicio comunitario⁴⁴³.

El servicio o actividad comunitaria, como pena expresa aplicable a la persona jurídica, se encuentra en el art. 249, en el que el legislador ha determinado un tiempo de duración de cincuenta a cien horas de esta pena. En los demás casos, se estará a las reglas de los arts. 60, 63, 69 y 71.

5.8.5.- Reparaciones ambientales

La CRE ha concedido desde 2008 «derechos» a la naturaleza, es decir, la naturaleza en Ecuador es sujeto de derechos. De ahí que, la propia Norma Suprema en el art. 397, establezca la necesidad y obligatoriedad regulatoria (legal) de esta pena. Surge entonces, la necesidad por precautelar penalmente este bien jurídico contra menoscabos que provengan de toda clase de personas incluida las jurídicas.

Como sanción, esta pena tiene antecedentes en el Derecho administrativo sancionador. Así, en determinadas Leyes Especiales y Seccionales, sobre todo en el actual Código Orgánico del Ambiente (CODA) asoman penas de esta naturaleza (art. 292). Este mismo cuerpo normativo la considera, además, como uno de los principios ambientales en el art. 9.9, del que se puede extraer su definición legal, como aquel «conjunto de acciones, procesos y medidas, incluidas las de carácter provisional, que aplicados tienden fundamentalmente a revertir impactos y daños ambientales; evitar su recurrencia; y facilitar la restitución de los derechos de las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas» (art. 9.9 CODA). Luego, en el Reglamento al CODA en todo el Libro VII, contiene la regulación puntual de esta clase de medida en el ámbito administrativo y sancionador.

Procederán en delitos contra la naturaleza o el medio ambiente, con la exigencia expresa de que sea una reparación integral, entendida ésta, como total o por lo menos que mitigue en su totalidad el impacto de los daños ambientales causados en observación a las regulaciones de la materia⁴⁴⁴, así como a los lineamientos generales establecidos en el art. 257 COIP, que regula la obligación de reestructuración y reparación como sanción de imposición obligatoria adicional a las otras en las infracciones ambientales en cuestión. Estas reparaciones

⁴⁴³ En la praxis ecuatoriana, dado los niveles de congestión de causas y de audiencias que deben atender o el juez penal o el tribunal penal, la realización de estas actividades de control y evaluación ahondarían el problema. No obstante, esa tarea les corresponde a los jueces penitenciarios, de los que se espera su pronta designación en todo el país.

⁴⁴⁴ Esta fórmula extrapenal la anuncia el reformado art. 256 del COIP, cuando deriva a la Autoridad Ambiental Nacional la labor de determinar «para cada delito contra el ambiente y la naturaleza las definiciones técnicas y alcances de daño grave. Así también establecerá las normas relacionadas con el derecho de restauración, la identificación, ecosistemas frágiles y las listas de las especies de flora y fauna silvestres de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias». El Acuerdo Ministerial 084 (RO-2S 598: 30-sep-2015), publicó la Norma Técnica para la aplicación de este artículo.

consisten en la restauración íntegra del ecosistema, y la compensación, reparación e indemnización a las personas y comunidades afectadas⁴⁴⁵.

Las penas de remediaciones, que de forma obligatoria deberá el juzgador imponer a la persona jurídica por la comisión de delitos ambientales según el art. 258, se aplican solamente para los delitos sancionados desde un año de prisión en adelante.

5.8.6.- Prohibición de contratar con el Estado

Esta pena imposibilita a las empresas de derecho privado, participar en los procesos de contratación pública a través, por ejemplo, del portal «Compras Públicas», surtiendo efectos graves y directos en aquéllas que se dediquen a proveer de servicios mediante estos procesos de contratación. Al igual que otras penas de naturaleza administrativa, el COIP la regula además en el art. 60.14 dentro de las penas no privativas de libertad que les corresponde a las personas físicas, de donde ha de tomarse su trascendencia penal.

El citado art. 60.14 reformado, cierra el círculo de aplicación de esta pena en caso de las personas jurídicas únicamente para los delitos de cohecho, tráfico de influencias, testaferrismo y lavado de activos. Luego, se torna también debatible si a las personas jurídicas, se les puede imponer o no esta clase de pena en otros delitos del catálogo *numerus clausus*, pese a que en ninguno de ellos se lo asume de forma puntual.

Al igual que las clausuras, esta pena tiene efectos suspensivos o finales, es decir, es de carácter temporal o definitivo, en cuyo caso, el único criterio específico de proporcionalidad que el legislador le da al juzgador, tanto para establecer si se la aplica de forma temporal y definitiva cuanto para establecer el tiempo de duración en caso de temporalidad, es la gravedad de la infracción; por lo tanto, en estos aspectos debe desenvolverse la discrecionalidad del juez o tribunal penal.

Esta pena reviste naturaleza administrativa para efectos de su cumplimiento, de ahí que sea necesario, una vez impuesta, su comunicación al organismo técnico regulatorio del Sistema Nacional de Contratación Pública. En todo caso, en cuanto al control, aunque no diga nada la norma, deberá estar siempre sujeta al órgano penal en el que se la impuso.

⁴⁴⁵ Este artículo prevé la urgencia que pueden demandar cierta clase de reparaciones, y en tales eventos contempla la posibilidad de que si en esos casos, «el Estado asume dicha responsabilidad, a través de la Autoridad Ambiental Nacional, la repetirá contra la persona natural o jurídica que cause directa o indirectamente el daño». Luego, al igual que el art. 256, remite a entidad y norma extrapenal la regulación de ese derecho a la restauración obligatoria.

5.8.7.- La pena «de muerte» de la persona jurídica

También de origen administrativo, su traslado al campo penal, al igual que alguna de las otras penas, es de reciente data, con la vigencia del COIP. Con esta pena, una persona jurídica se prepara para su desaparición o extinción, pero no es la extinción misma. En el ámbito societario suele ser total o parcial, no obstante, como pena y en materia de RPPJ, solamente procederá la total, y respecto de la cual cabe cuestionarse: ¿la disolución total de una persona jurídica conlleva la extinción del patrimonio o de su personalidad jurídica? Nada ha dicho al respecto el legislador en el COIP. Sin embargo, en un análisis de su naturaleza societaria, la disolución ha de referirse a la extinción de la personalidad; mientras que el proceso de liquidación queda reservado para la extinción de patrimonio⁴⁴⁶, ello además se desprende del propio texto legal «*Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, (...) y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto*» (art. 71.6 COIP).

El catálogo de las penas específicas del art. 71, establece como pena la disolución y liquidación. Luego, en la parte especial, el legislador predetermina indistintamente o sólo la disolución (destrucción de bienes de patrimonio cultural, art. 237), o disolución con liquidación (cohecho, art. 280, y tráfico de influencias, art. 285). Esto ubica el debate en dos direcciones, por un lado, el legislador según la gravedad del tipo ha considerado que no es necesario extinguir el patrimonio sino solamente la personalidad jurídica; por otro lado, cuando sanciona con disolución más liquidación, extingue además el patrimonio. Hasta aquí, la cuestión es clara, no obstante, existen casos donde el legislador ha determinado expresamente en ciertos tipos la pena de extinción directa. En los dos primeros casos, quedaría a salvo el patrimonio social excedente una vez pagada multas y reparaciones que conlleve la pena; en el segundo, probablemente no. Ahora bien, en ambos casos se deben observar derechos de socios y/o acreedores de buena fe.

La extinción es un término fuerte⁴⁴⁷ que el legislador ha empleado para referirse al total desaparecimiento de las personas jurídicas del tráfico o comercio. Se refiere al fin de su existencia misma como persona jurídica. En su acepción de sanción penal, junto a la disolución, suele ser considerada como *pena capital*, que equivale a su «muerte civil».

⁴⁴⁶ Vid. LÓPEZ B., Diferencia entre disolución y liquidación de una sociedad mercantil, disponible en: <https://marcolegaldelosnegociosunivia.wordpress.com/2013/11/21/diferencia-entre-disolucion-y-liquidacion-de-una-sociedad-mercantil/>

⁴⁴⁷ Dado la gravedad de sus efectos, es una terminología que no la emplea ni siquiera la propia Ley de Compañías, que prefiere la denominación de cancelación, para referirse a la desaparición de una compañía y por ende de sus actividades sociales. En efecto, los arts. 404 y 405 de la Ley de Compañías, regulan el proceso de cancelación que se verifica con una resolución dictada por el Superintendente de Compañías en la que ordenará que esa cancelación se inscriba en el Registro Mercantil. Ahora bien, los efectos administrativos de la cancelación de una compañía deben ser menos lesivos que los efectos de la disolución, liquidación y que la propia la extinción, para que se justifique la necesidad de expansión del Derecho penal frente a este mecanismo extrapenal.

El art. 71.3, al señalar la liquidación y la disolución como penas, advierte la imposibilidad de contratación o de reactivación de la persona jurídica, cuando se las dicte ya sea de forma individual o conjunta. Estas prohibiciones, revisten de mayor gravedad a estas dos formas de extinguir a una persona jurídica, a las que bajo la misma denominación, en sede administrativa la LC permite la posibilidad de su reactivación. Por su parte, respecto de la extinción, entendida como la extinción total (personería y patrimonio) de las actividades de una empresa, indudablemente que bajo estas mismas prohibiciones, reviste también mayor gravedad que la cancelación, toda vez que, no permite esos procesos previos de disolución ni de liquidación que posibiliten a los socios de buena fe en sede administrativa, entre otras cosas, recuperar sus inversiones.

La ejecución de estas penas ordenadas por el juez o tribunal penal, están a cargo del respectivo ente público de control, que en el caso de las personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro reguladas conforme a la LC, será la Superintendencia de Compañías y Valores a través del Superintendente; de las empresas o compañías con fines de lucro que ejercen actividad financiera bancaria y de seguros, el Superintendente de Bancos y Seguros; de las corporaciones o fundaciones, el ente público respectivo, según la denominación que emplee cada gobierno de turno⁴⁴⁸. En todos los casos, dado a la vigencia de cuestiones como jurisdicción y competencia, corresponderá conocer de estos procesos a los representantes o delegados de los respectivos entes de control.

La regulación contempla también la previsión de disolución en caso de que se trate de una persona jurídica extranjera, en tal evento, la extinción de su personalidad será únicamente en el Ecuador, por efecto de la territorialidad de la Ley penal. Sin embargo, queda abierta la posibilidad de una liquidación que extinga el patrimonio tanto en el Ecuador cuanto el que se pueda obtener en el extranjero, situación que a pesar de no ser imposible dado los convenios de cooperación internacional en materia de ejecución de penas, resulta compleja en la medida de determinarlos, sobre todo cuando se trata de empresas que ejercen actividad comercial *on line*, y pese a las advertencias de los arts. 6 y siguientes de la LC, para el caso de las personas jurídicas o compañías extranjeras.

5.8.7.- Otras penas

Conforme a la advertencia establecida en este epígrafe respecto de la especificidad para efectos de la concurrencia de penas, hay que indicar que el legislador ha dispuesto para el

⁴⁴⁸ Esto por cuanto ciertos gobiernos de turno, tienen la tendencia a cambiar el nombre de los ministerios, eliminar instituciones de control, fusionarlas, etc.

caso de delitos contra la naturaleza y los delitos mineros, en el art. 69.2 del COIP además del comiso penal, la destrucción o inmovilización de maquinaria pesada que se haya utilizado para el cometimiento de esta clase de delitos. Es decir, por esta vía, cabría también esta clase de pena para las personas jurídicas, además de las indicadas en el art. 71.

De igual forma, el mismo artículo en el numeral 3, faculta la destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción⁴⁴⁹.

5.9.- Formas de extinción de las penas contra la persona jurídica

Conforme al art. 72 del COIP las penas se extinguen por su cumplimiento integral, por la aplicación del principio de favorabilidad que las afecte, por muerte, por indulto, por procedencia del recurso de revisión favorable, por prescripción y, por amnistía. De estas formas de extinción, excepto la muerte y el indulto presidencial, les pueden ser perfectamente aplicables a las personas jurídicas.

El indulto, tiene dos modalidades a la hora de cumplir su función de extinguir una pena, según el órgano que lo concede y según los propósitos. Así, por un lado, se lo regula conjuntamente con la amnistía para efectos de concederle potestad extintora a la Asamblea Nacional (versión socialista de un Congreso de Diputados) en casos humanitarios (art. 73). Luego, en el art.74, como atribución exclusivamente del Presidente de la República, opera para cualquier clase de delitos.

Ahora bien, tanto al amparo de las regulaciones de los arts. 73 y 74, se torna inaplicable el indulto tanto de la Asamblea cuanto el Presidencial para las personas jurídicas, toda vez que, en el primer caso lo condiciona esos motivos humanitarios; en tanto que en el segundo, la imposibilidad de que haya estado cumpliendo penas de prisión y de que pueda observar buena conducta.

La amnistía, en cambio, en la medida que se le pueda atribuir a la persona jurídica un «*delito político*» bien podría ser beneficiaria, cuando la Asamblea Nacional así lo determine, con la respectiva excepción de los delitos advertidos en el inciso segundo del art. 73.

5.9.1.- Prescripción de la pena y persona jurídica

⁴⁴⁹ En efecto, la citada regla señala que «*Toda pena lleva consigo, según sea el caso, destrucción de los efectos que de la infracción provengan y de los instrumentos con que se ejecutó a menos que pertenezcan a una tercera persona no responsable de la infracción*». Además esta regla contempla la posibilidad de que los instrumentos o efectos del delito sean declarados de beneficio social o interés público y, por ende, permitir que sean utilizados bajo estas circunstancias.

De las tres reglas de prescripción de la pena del art. 75, excepto la primera, relativa a la pena privativa de libertad, las otras dos le son plenamente aplicables a las penas de las personas jurídicas. En efecto, la regla segunda prevé que las penas no privativas de libertad (art. 60), «*prescribirán en el tiempo máximo de la condena más el cincuenta por ciento*». En tanto que, la regla tercera, contiene una fórmula de prescripción para las penas restrictivas de los derechos de propiedad (multa, comiso, destrucción de instrumentos o efectos de la infracción), las que prescribirán en la misma forma que las penas no privativas de libertad, siempre que se las impongan en conjunto, caso contrario, es decir, cuando se las impongan de forma independiente prescribirán en cinco años.

Para efectos de analizar la procedencia o no de la extinción por prescripción de las penas de la persona jurídica, en primero lugar hay que reflexionar sobre los caracteres de éstas bien como penas no privativas de libertad, bien como penas restrictivas de los derechos de propiedad. Así, entre las primeras únicamente se verifican en el catálogo del art. 71 el servicio o actividad comunitaria y la prohibición o inhabilitación de contratar; entre las segundas, se verifican la multa y el comiso. Surge entonces la necesaria interrogante en el sentido de que las restantes penas del catálogo del art. 71, ¿a qué grupo o clase de penas corresponden? Interrogante que a primera vista no resulta de difícil respuesta en el sentido de negar su pertenencia a las dos clases de penas de los arts. 60 y 69, lo que a su vez, reafirmaría esa especificidad advertida *supra*. Luego, esta respuesta conlleva efectos diferentes que merecen el análisis en una doble dirección.

Así, los primeros efectos se presentan, por un lado, en el sentido de que para aplicar la regla segunda del art. 75, solamente las penas de servicio o actividad comunitaria y la prohibición o inhabilitación de contratar con el Estado, al gozar del carácter de no privativa de libertad conforme al art. 60, podrían ser extinguidas cuando se impongan contra una persona jurídica, ello es factible toda vez que se trata de una pena cuantificable en el tiempo.

Por otro lado, para efectos de aplicar la tercera regla del art. 75, solamente las penas de multa y comiso (del art. 71) por tener el carácter de penas restrictivas de los derechos de propiedad, bajo la primera sub regla del numeral 3, resultan extinguidas por prescripción, únicamente cuando se las imponga en conjunto con las no restrictivas de libertad, toda vez que, pese a que no son cuantificables en tiempo, sin embargo se sujetan a la temporalidad de la condena de las penas no privativas de libertad (con el servicio o actividad comunitaria y con la prohibición de contratar con el Estado); luego, la segunda sub regla del mismo numeral 3 permite la posibilidad de prescripción, únicamente cuando se las imponga de forma independiente bajo la citada fórmula «*en los demás casos, las penas restrictivas de los derechos de propiedad prescribirán en cinco años*».

Esos efectos, conllevan la necesidad de buscar fórmulas de compatibilidad para pretender extinguir por prescripción, otras penas que no forman parte ni de una ni de otra clase. Así, por un lado, las penas de clausura temporal y prohibiciones temporales de contratar con el Estado, por ser cuantificables en tiempo, resultan plenamente compatibles con la regla segunda del art. 75, en caso de que se las asuma como no privativas de libertad (de éstas tienen mayores características toda vez que restringen *la libertad empresarial*; luego, si se las asume como restrictivas de los derechos de propiedad (aunque no debería ser este el criterio), resultarían también compatibles tanto con la primera cuanto con la segunda sub regla del numeral tercero del art. 75. Por otro lado, quedan las penas de multa, comiso y extinción

Finalmente, penas como la extinción, las clausuras permanentes y las prohibiciones definitivas de contratar con el Estado, y las reparaciones integrales encuentran trabas de cara a su extinción por prescripción, dado a que por un lado, la regla segunda del art. 75 al exigir *tiempo de condena*, no es compatible con estas penas. Sin embargo, para esos efectos, en estos casos el principio de accesoriedad de las penas de las que goza al menos las prohibiciones de contratar, permitirán por esa vía su extinción cuando sean impuestas con una pena principal; luego, les queda únicamente la opción de la segunda sub regla del numeral tercero, esto es, cuando son impuestas independientemente (en este caso estas penas prescribirán en cinco años), pero para ello habrá que considerárselas como restrictiva de los derechos de propiedad, lo contrario torna improbable la aplicación de la citada regla.

5.10.- Reparación Integral

Finalmente, toda condena conforme al COIP, conlleva, adicionalmente, la reparación integral del daño causado por la infracción penal, y a la que el legislador ha definido como «*la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas*» (art. 77 COIP).

Para efectos de la determinación de la reparación integral, es decir, su naturaleza y el monto, el juzgador ha de considerar tres criterios indicados en el citado art. 77, esto es, «*las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado*», criterios que no encuentran reparos a la hora de la imposición de la reparación integral a la persona jurídica condenada, sobre todo si esta medida constituye un derecho y una garantía⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ El COIP destaca a la reparación integral como un derecho y como una garantía para dirigir acciones tendientes a obtener restauraciones y compensaciones.

Además, en los casos de delitos de cohecho, tráfico de influencias, testaferrismo y lavado de activos, las personas jurídicas responderán con sus bienes «*hasta el monto de la reparación integral del Estado y la sociedad*».

Por otro lado, el art. 78 advierte cinco formas concurrentes de reparación integral, tales como la restitución, la rehabilitación, las indemnizaciones materiales e inmateriales, las medidas de satisfacción o simbólicas, y las garantías de no repetición; todas ellas, al igual que el caso de la naturaleza y el monto, pueden ser aplicadas sin problemas a las personas jurídicas condenadas a título de RPPJ.

Capítulo 2. El *Compliance* frente a la regulación ecuatoriana de la responsabilidad penal de la persona jurídica

I. Consideraciones generales

1.- Planteamiento

Aunque se trate de una figura que en su encuadramiento en Derecho penal esté generando reacciones diversas en la doctrina, al *compliance* se lo viene considerando como una disciplina autónoma con fundamentos teóricos y prácticos⁴⁵¹, los que referidos al ámbito penal, en los últimos tiempos a raíz de la RPPJ vienen cobrando notoria trascendencia en las legislaciones que lo regulan, y ha generado también abundante literatura.

En una mirada *ex frontera*, las legislaciones que han regulado ya sea la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas, han incorporado con ella los *compliance programs* como el instrumento de cara a atenuar o eximir esa clase de responsabilidades, observándose que en la mayoría de los casos, los programas recogen directrices internacionales⁴⁵².

El *compliance* en sus dos vertientes, referidas tanto al injusto –control organizativo– cuanto a la culpabilidad –cultura organizativa– como categorías relacionadas en el Derecho penal empresarial, recojan en uno y en otro caso lineamientos planteados por directrices externas, así como por principios plasmados en entornos de cumplimiento, y aspectos de normalización recogidos por entidades acreditadoras como las ISO 19600 y 31000⁴⁵³, aunque eso sí, no con carácter normativo sino voluntario y referencial.

De otro lado, independientemente de las discusiones vertidas en favor o en contra de uno u otro modelo de imputación que se han instaurado al interior de cada legislación donde se ha regulado la RPPJ, lo cierto es que el *compliance program* es una realidad abordada inclusive por la jurisprudencia de los Estados donde se lo ha regulado⁴⁵⁴, realidad que en su vertiente

⁴⁵¹ Vid. AA.VV., F. Bonatti Bonet (dir.) *Sistemas de Gestión de Compliance. Normas ISO y UNE 19601*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.

⁴⁵² Pero queda la duda respecto de que esa incorporación se haya dado por iniciativa propia de los Estados, o si por el contrario, las exigencias externas han influido al igual que en la incorporación de la RPPJ, al punto de que inclusive, como se verá *infra*, existen directrices internacionales que han sido acogidas a la hora de estructurar en las regulaciones locales, los elementos o exigencias mínimas de acreditación del *compliance* en sede ya sea de la RPPJ o de la responsabilidad administrativa, según sea el caso.

⁴⁵³ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 64-89. Bajo una concepción constructivista del *compliance* se argumenta que el CP de España en el art. 31 bis. 2 al hacer referencia a esas medidas de vigilancia y control para prevenir o reducir el riesgo de la comisión de delitos, y en el art. 31 bis) 5.1º que refiere a la identificación de actividades en las que se puedan cometer delitos a prevenirse, no hace otra cosa que recoger elementos referidos al control o *management* del riesgo de las normas ISO 19600 en lo que tiene relación con la identificación, análisis y evaluación de riesgos del *compliance*, al igual que ocurre con las ISO 31000 –apartados 5.4.2, 5.4.3 y 5.4.4– esto con relación al injusto. Y, en relación a la culpabilidad, en el art. 31 bis 5) se vislumbran elementos relacionados con la cultura de cumplimiento de la legalidad, esto en paralelo con la cultura de *compliance* del apartado 7.3.2.3 de las ISO 19600.

⁴⁵⁴ En España, amén de la discusión doctrinaria, los programas de cumplimiento ya han sido asumidos, según ciertos autores, con las reformas de 2010, y de forma más puntual y expresa con las reformas del 2015; inclusive, hasta en la jurisprudencia del

eximente, por ahora en Ecuador se ha quedado al margen de ser asumida desde que se introdujo el sistema de RPPJ⁴⁵⁵.

En Ecuador, los programas de cumplimiento normativo⁴⁵⁶ o *compliance* son conocidos en el ámbito societario con preocupación reputacional⁴⁵⁷, de cara a proyectar la imagen de las empresas⁴⁵⁸; aunque no se debe desconocer su empleo en la necesidad de lograr esa formación de cultura empresarial «*honesto y responsable*»⁴⁵⁹; además de su observancia en cuestiones relacionadas con actividades empresariales vinculadas con asuntos tendientes a evitar el lavado de activos, y en cuestiones financieras, medioambientales y laborales. En efecto, aunque no se trata de algo nuevo⁴⁶⁰ en el quehacer empresarial ecuatoriano, no obstante sí lo es en materia penal. De allí que, respecto de su empleo como figura penal en el país, el panorama por ahora es incierto, pese a que a partir del año 2021 asoma ya regulado como atenuante de RPPJ. Esa incertidumbre puede quizás obedecer al periodo relativamente corto de la puesta en vigencia de la RPPJ, y a su falta de regulación expresa desde el momento mismo que se introdujo esa clase de responsabilidad en el COIP; y por ende, también a la inexistencia de una línea jurisprudencial que matice aplicabilidad como atenuante en el ámbito de la RPPJ. La doctrina tampoco se ha pronunciado con contundencia al respecto⁴⁶¹.

Por otro lado, en un contexto regional, desde la puesta en vigencia de la *Foreign Corrupt Practices Act (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, FCPA)* de los Estados Unidos de Norteamérica, Latinoamérica ha visto de cerca el desarrollo evolutivo y operativo del *compliance* en su afán de la lucha contra la corrupción. En la actualidad la cuestión se ha ido consolidando hasta plasmarse en las normativas penales o administrativas de varios Estados de la región, como exigencias –en ciertos casos– para ser considerados como miembros de grupos económicos de la OCDE por ejemplo, o por iniciativas empresariales en cuestiones

Tribunal Supremo se ha abordado la cuestión. Véase por ejemplo, en este sentido, entre los primeros pronunciamientos jurisprudenciales del más alto Tribunal penal sobre RPPJ y *compliance*, las STS N° 154/2016, de 29 de febrero, y N° 221/2016, de 16 de marzo; uno de los más recientes pronunciamientos es la STS N° 192/2019, de 9 de abril, dictada por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo a cargo del Juez Ponente Magro Servet Vicente, en la que se insiste en la necesidad del *compliance*.

⁴⁵⁵ En países de la región como Argentina, Chile, México y Perú, cuando regularon la RPPJ lo adoptaron en sus legislaciones como eximente de RPPJ; en cambio Ecuador en el primer momento que adopta la RPPJ, no regula el *compliance* ni como atenuante ni como eximente, es a partir de las reformas de 2021 donde se lo introduce recién como atenuante.

⁴⁵⁶ El cumplimiento normativo es entendido también como un «*mecanismo de acción tendiente a mitigar y prevenir los riesgos de incumplimiento surgidos como consecuencia de la propia actividad de la empresa*», GAY TERÁN, M., «El conocimiento del funcionamiento de la empresa para la elaboración de un programa de cumplimiento normativo», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017, pp. 340-341.

⁴⁵⁷ En este sentido existen determinadas empresas que cotizan en la bolsa, y que para ingresar o mantenerse en el top diez empresarial han incorporado ciertos programas que se asemejan al *compliance*.

⁴⁵⁸ Vid. BUSATO, P., «Lo que no se dice sobre *Criminal Compliance*», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 1, 2017, 1-31, disponible en: https://www.ejc-reeps.com/Paulo_Cesar_Busato_Lo_que_no_se_REEPS.pdf

⁴⁵⁹ MURIEL BEDOYA, B., «Compliance: su evolución y desafíos en Ecuador», *Revista Law Review*, vol. 4, núm. 1, 2017, pp. 159-183.

⁴⁶⁰ Vid. KUHLEN, L., «Compliance y Derecho penal en Alemania», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Edisofer-BdeF, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 89-125.

⁴⁶¹ Hasta el corte de esta investigación, de una revisión bibliográfica a los trabajos de la doctrina local sobre programas de cumplimiento, existen pocos artículos de opinión y tesis de grado que de forma muy superficial abordan el *compliance* penal.

reputacionales y de competitividad. Sea cual fuere el motivo, lo cierto es que en otros Estados de la región donde se ha regulado la RPPJ, el *compliance* ha sido adoptado expresamente⁴⁶² como eximente y como atenuante de esa responsabilidad penal.

De una mirada al Derecho comparado, en España con la reforma introducida mediante LO 5/2010 de 22 de junio, asoma el *compliance* con tibia regulación y de forma novedosa⁴⁶³ como atenuante, aunque la doctrina ya debatía desde entonces también su posible eficacia eximente apoyándose en argumentos *literales, teleológicos y sistemáticos*⁴⁶⁴. Sin embargo, de forma más extensa el 31 de marzo del año 2015 se publica en el BOE la Ley Orgánica 1/2015 que modifica el Código Penal e incorpora la figura del *compliance*, regulándole en los numerales 4 y 5 del actual art. 31bis, en donde se establecen además, los requisitos o exigencias para excluir o atenuar de responsabilidad penal a las personas jurídicas que lo observen conforme a ley. Luego, existen en ese país directrices extrapenales desarrolladas por la Asociación Española de Normalización (AENOR) a través de las normas UNE 19601⁴⁶⁵, que configuran por ahora el estándar referencial de cara a proporcionar cobertura a la regulación penal. Además, el desarrollo jurisprudencial⁴⁶⁶⁻⁴⁶⁷ y doctrinario sumado a las directrices que sobre el tema ha dicho la FGE-E⁴⁶⁸, reflejan el debate que ha merecido la figura del *compliance* en España, situación que no ha ocurrido en Ecuador⁴⁶⁹.

De ahí que, en aras a contribuir con la debate académico respecto de esta figura, en este epígrafe con el auxilio de los métodos exegético, sistemático, analítico y sobre todo comparativo, se abordan cuestiones generales de los programas de cumplimiento que incluyen el conocimiento de sus antecedentes continentales y puntuales de la región Latinoamericana; los entornos de cumplimiento y el panorama actual en Latinoamérica; así como cuestiones de autorregulación. Todo esto de cara a dejar introducido y contextualizar el debate de los programas de cumplimiento en la regulación ecuatoriana de la RPPJ.

⁴⁶² Así por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Chile, Perú.

⁴⁶³ Al menos en el campo del Derecho penal español. Vid. DEL AMO SÁNCHEZ, J., *La responsabilidad penal de los administradores*, Factum Libri, S.L., Madrid, 2018.

⁴⁶⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en AA.VV., J.M. Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15-42.

⁴⁶⁵ Y es que la participación de España en la estructuración y elaboración de la ISO 19600 e ISO 37001 le proporcionó conocimientos puntuales y de primer nivel respecto a los sistemas de gestión de programas de cumplimiento, Vid. CASANOVAS YSLA, A., «Estándares internacionales en *compliance*: ISO 19600 y 37001», disponible en: <https://assets.kpmg.com/pdf/2018/07>

⁴⁶⁶ Entre las exigencias que el TS de España ha señalado para que proceda la RPPJ, consta precisamente, «*la inexistencia de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de las infracciones delictivas en las que puedan incurrir las personas jurídicas que integran la organización*», STS núm. 154/2016, de 29 de febrero.

⁴⁶⁷ En similar sentido, en la jurisprudencia española respecto del *compliance*, en alusión al art. 31 bis.1 b) CP, ha recalado que procede la RPPJ, entre otros factores, «*por haber incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad*», STS núm. 221/2016, de 16 de marzo.

⁴⁶⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2016, de 22 de enero.

⁴⁶⁹ Y es que la cuestión en Ecuador respecto de la de España, no solamente difiere en cuanto al desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial, sino también respecto de la asunción de criterios de normalizaciones tipo UNE en cuestiones de exigencias del *compliance*.

2.- Antecedentes

En la literatura especializada, se sostiene que la práctica del *compliance* nace en el Derecho anglosajón⁴⁷⁰ y concretamente en los Estados Unidos de Norteamérica con la entrada en vigencia de la FCPA, ley que tuvo como antecedente dos escenarios acontecidos a inicio de los años 70 en los Estados Unidos: el caso Watergate⁴⁷¹⁻⁴⁷² y la campaña mundial de la ex URSS denunciando actos corruptos de las empresas multinacionales norteamericanas en países en vía de desarrollo⁴⁷³. La FCPA exige a las corporaciones americanas la implementación del *compliance* por primera vez en la historia del continente. De ahí que, esta ley sea considerada el punto de partida de esta figura preventiva⁴⁷⁴ también en Latinoamérica. Es entonces que, a partir de la FCPA comienza el desarrollo estructural y normativo del *compliance*, primero en los Estados Unidos de Norteamérica, luego propagado por intermedio de sus empresas a Latinoamérica, hasta consolidarse en regulaciones normativas propias de esta región.

La FCPA⁴⁷⁵ sanciona en Estados Unidos de Norteamérica el cohecho activo transnacional, y busca desalentar la competencia desleal entre empresas transnacionales norteamericanas que en varios países estaban generando sobrecostos en contratación pública por sobornos pagados⁴⁷⁶.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DJEU) como ente encargado de la persecución de los delitos federales –los regulados en el FCPA–, desde el año 1999 ha establecido los lineamientos o directrices que sirven en la actualidad como una especie de guía para la actuación de la fiscalía respecto de la persecución de los delitos previstos en esa

⁴⁷⁰ Vid. MURIEL BEDOYA, B., «Compliance: su evolución», cit., p. 183.

⁴⁷¹ El caso Watergate desembocó en varias investigaciones que alguna de ellas terminaron con la dimisión del presidente Nixon de los Estados Unidos de Norteamérica.

⁴⁷² En este caso se determinaron, entre otras cosas, actos de corrupción como por ejemplo, el financiamiento ilegal al partido republicano y el pago de coimas a gobiernos extranjeros para proteger las inversiones, Vid. CARRIÓN ZENTENO, A., *Criminal Compliance*, Thomson Reuters, Lima, 2014.

⁴⁷³ La citada preocupación permeaba al sistema capitalista norteamericano de entonces que sentirá la necesidad ineludible de lanzar una iniciativa a su favor bajo el título de «*salvemos el capitalismo*» proponiendo comportamientos empresariales éticos mediante la FCPA.

⁴⁷⁴ Vid. BONATTI BONET, F., «Legal Compliance (I): Una breve historia», disponible en: <https://www.bonattipenal.com/legal-compliance-i-una-breve-historia/>

⁴⁷⁵ Es una Ley firmada por el Presidente Carter en 1977, producto de investigaciones realizadas a empresas a raíz del escándalo Watergate. Sin embargo, antes de la vigencia del FCPA, es la Securities and Exchange Commission (SEC), el organismo encargado de controlar el cumplimiento de las leyes federales que regulan la bolsa y el mercado de valores de los Estados Unidos. Creada en 1934 con el objeto de reglar la industria de valores, lideró –antes de la vigencia del FCPA concretamente en los años 1974 a 1976– investigaciones sobre prácticas comerciales internacionales que vinculaban al país estadounidense, logrando determinar un años más tarde en 1977, reportes sobre pagos cuestionados a funcionarios extranjeros, lo que dio como resultado que alrededor de unas cuatrocientas entre corporaciones y empresas de aquellos tiempos, admitan haber sobornado en cantidades superiores a los treientos millones de dólares, Vid. KAIKATI, J., SULLIVAN, G., «The Price of International Business Morality: Twenty Years Under the Foreign Corrupt Practices Act», *Journal of Business Ethics*, vol. 26, núm. 3. Springer, 2000, p. 213, traducción libre.

⁴⁷⁶ Vid. GADEA BENAVIDES, H., «El Foreign Corrupt Practices Act y la Responsabilidad Penal de la Empresa», *THÉMIS-Revista de Derecho*, núm. 68, 2016, pp. 153-162, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/15590/16039>

Ley, según la que, bajo el principio de discrecionalidad acusatoria que ostenta la fiscalía norteamericana, no se acusará a aquellas corporaciones en las cuales, pese a que sus empleados delinquieran, se observen aspectos relacionados con la ética, la buena conducta empresarial, la implementación de programas eficientes de cumplimiento de la normatividad penal, la comunicación a las autoridades de los delitos detectados al interior de ella, así como la cooperación eficaz con el DJEU⁴⁷⁷. Todo ello consolida la noción del *compliance* como antecedente en la FCPA.

Luego, a pesar de que para los EEUU la necesidad *ex frontera* de promulgar leyes para controlar y erradicar la corrupción y el *antri-trus*⁴⁷⁸ era imperiosa; sin embargo, la finalidad implícita que lograrán las citadas regulaciones, no es otro que el de transmitir el mensaje a la comunidad corporativa internacional, entre ellas la Latinoamericana, sobre la necesidad y la valía de los programas de cumplimiento o *compliance*, como mecanismo para contrarrestar acciones o consecuencias jurídico-penales.

Empero, el *compliance* en EEUU no constituye una figura eximente de RPPJ, máximo, y en contados casos, se la suele emplear en los procedimientos penales como atenuantes (*Sentencing of Organizations, Federal Sentencing Guidelines*); sin embargo, la importancia de este instrumento se observa a la hora de que las fiscalía de ese país, decida no iniciar o dejar de perseguir una acción penal contra empresas en las que los observen.

2.1. En Latinoamérica

Las políticas anticorrupción y el *compliance* norteamericanos causaron efectos directos, sobre todo en países de la región que comenzaron a promulgar normas⁴⁷⁹ bajo esas políticas, pero siempre en la línea de las «*estrategias propuestas por Estados Unidos de Norteamérica durante varios años*»⁴⁸⁰, y aunque los esfuerzos por combatir prácticas corruptas en éstos países se vienen desarrollando desde hace algún tiempo⁴⁸¹, otros Estados de la región o no acogen de forma eficiente al *compliance* o simplemente no lo adoptan⁴⁸².

⁴⁷⁷ Vid. GADEA BENAVIDES, H., «El Foreign Corrupt», cit., pp. 160-161.

⁴⁷⁸ Vid. MURIEL BEDOYA, B., «Compliance: su evolución», cit., p. 163.

⁴⁷⁹ Estas políticas, en ocasiones, a pesar de ser elaboradas bajo directrices de las políticas anticorrupción estadounidenses, obedecen a intereses de gobernantes de turnos que determinarán los lineamientos siempre bajo la óptica ideológica a la cual representan.

⁴⁸⁰ MURIEL BEDOYA, B., «Compliance: su evolución», cit., p. 164.

⁴⁸¹ Aunque desde hace algún tiempo en la mayoría de los 26 países latinoamericanos se han implementado políticas, directrices y normativas encaminadas a prevenir y contrarrestar la corrupción, sin embargo los resultados no son muy alentadores. Los escándalos de corrupción en la región se evidencian en la no presencia de ningún país latinoamericano dentro la lista mundial de los diez Estados con bajos niveles de corrupción que publica Transparencia Internacional y que en 2018 aparecen en los puestos 23 y 26 Uruguay y Chile respectivamente, y a la cola de ellos con la puntuación más baja asoma Venezuela.

⁴⁸² Así es el caso de Ecuador, quien pese a que regula la RPPJ, no lo hace con el *compliance*.

La OCDE y la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) de la OEA⁴⁸³, constituyen en Latinoamérica los primeros organismos que sugieren estamentos regulatorios en materia de prevención y lucha contra la corrupción. Para optimizar los propósitos anticorrupción del CICC, en 2001 se adopta el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Los antecedentes regulatorios del CICC permiten a los países de Latinoamérica además de prevenir –en caso de que se detecte la comisión de delitos de pago de sobornos a autoridades extranjeras, enriquecimiento ilícito y los actos de corrupción– perseguir y sancionar esos actos conforme a la jurisdicción penal de cada Estado integrante⁴⁸⁴. Similar regulación establece la OCDE, que ante la presión de los Estados Unidos, tuvo que adoptar medidas parecidas a las establecidas en la FCPA⁴⁸⁵.

Casos mediáticos como los de la marca *Ralph Lauren Polo* en Argentina, *Walmart* en México y Brasil, *Petro Tiger* en Colombia, *Fifa-Gate* en Ecuador, y *Odebrecht* en varios países, han puesto en entredicho las políticas expansivas y preventivas de la FCPA en la región; no obstante, en materia de *compliance* y sus efectos atenuantes o eximentes de RPPJ, los citados ejemplos sirven de marco para evaluar su utilidad e importancia.

En el caso *Polo*, puesta en marcha las investigaciones al amparo de la FCPA, se determinó que esa empresa sobornó a funcionarios aduaneros argentinos. Un acuerdo de cooperación en las investigaciones entre *Polo* con el DJEU permitió a la empresa no ser procesada penalmente a cambio del pago de una elevada multa. Entre otras cuestiones, se determinó durante las investigaciones que *Polo* no tenía implementado un *compliance*⁴⁸⁶. El caso deja entrever la importancia que revisten los *compliance* a la hora de enfrentar un proceso penal.

El caso *Walmart* aborda pagos ilegales y sobornos realizados por empresas de la marca en México⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸ y Brasil⁴⁸⁹, para beneficiarse de sistemas ágiles de obtención de permisos de construcción y funcionamiento en esos países. Por ser empresas norteamericanas se aplicó la FCPA. En este caso, a diferencia del caso *Polo*, *Walmart* contaba con un *compliance* y argumentó en su favor el cumplimiento de sus normas, como la investigación interna para

⁴⁸³ En esta Convención se establecía entre otras cosas la promoción y el fortalecimiento de los Estados Parte de los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. Art. 2. Convención Interamericana contra la Corrupción (1996).

⁴⁸⁴ Convención Interamericana contra la Corrupción. Art. 5 y 7, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp

⁴⁸⁵ Cfr. MURIEL BEDOYA, B., «Compliance: su evolución», cit., p. 165.

⁴⁸⁶ Vid. SAINZ, A. «Ralph Lauren admitió el pago de coimas en el país». La Nación. 2 de agosto de 2012, disponible en: <http://goo.gl/swCMxb>.

⁴⁸⁷ El Financiero. «Wal-Mart rechaza pagar multa por presuntos sobornos en México», disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/wal-mart-rechaza-pagar-multa-por-presuntos-sobornos-en-mexico.html>.

⁴⁸⁸ Este caso se dio a conocer tras una investigación realizada por el Diario Norteamericano «The New York Times», para mayor explicación véase: MC PHAIL FANGER, E., «Periodismo de investigación: el caso Walmart de México», *Revista Razón y Palabra*, vol. 17, núm. 81, noviembre-enero, 2012, pp. 538-571.

⁴⁸⁹ Cfr. NASSAUER, S., VISWANATHA, A. «U.S Probes Wal-Mart Misconduct in Brazil». En The Wall Street Journal, disponible en: <http://goo.gl/kKCiGk> traducción libre.

proporcionar información en la que invirtió recursos económicos significantes⁴⁹⁰, sin embargo, el caso no dejó de dilucidarse hasta el año 2017 cuando una juez de Manhattan pone fin al litigio sobreseyendo a la multinacional⁴⁹¹. En el presente caso se observa el ejercicio de «*los procesos de investigación interna para descubrir delitos y obtener información*», uno de los elementos estructurales del *compliance*⁴⁹².

El caso FIFA-*Gate*⁴⁹³ en 2015 al amparo de la FCPA, desnudó una trama de corrupción en el seno del máximo organismo del fútbol a nivel mundial, en donde se imputaron cargos penales a varios representantes y dirigentes de organismos deportivos asociados a la FIFA por delitos de cohecho, fraude y lavado de dinero, dejando al descubierto el irrespeto por las buenas prácticas corporativas en la organización del fútbol profesional. Pero, el caso FIFA-*Gate* no es el primero que involucra a este organismo, ya anteriormente habían salido a la luz otros casos como el de *International Sports and Leisure* (ISL⁴⁹⁴) en el año 2012, referente a sobornos para asignar derechos de marketing para varias competiciones de mundiales de fútbol⁴⁹⁵. No obstante, fue el FIFA-*Gate* el que sacudió, al amparo de la regulación del FCPA, los cimientos de ese organismo internacional, dando lugar a detenciones de altos funcionarios del fútbol en varios países, y en el cual se puso en marcha la regulación anti corrupción del CICC en los países de la región –aprobada bajo directrices generales del FPCA–. Esos escándalos han servido para que la FIFA adopte medidas encaminadas a prevenir los actos de corrupción que puedan darse a consecuencia de sus actividades como ente rector del fútbol mundial. Entre esas medidas adoptadas, está la creación de la Comisión de Ética Independiente y Bicameral regida por el Código Ético de la FIFA, las nuevas normas de control financiero, y la incorporación y ejecución de prácticas de buen gobierno, medidas que deben ir acompañadas de «*estructuras de cumplimiento, Compliance, para la prevención del*

⁴⁹⁰ Según información de prensa escrita Walmart invirtió alrededor de 157 millones de dólares en costos de sus investigaciones internas para proporcionar información requerida por las autoridades de ese entonces, disponible en: http://www.milenio.com/negocios/walmart-sobornosmexicocorrupcion-investigacion-sec-sams-aurrera-milenio-noticias_0_953904743.html

⁴⁹¹ La Jueza Katherine Polk Failla sostuvo que «*los inversores en acciones de Walmex que cotizan en Estados Unidos no pueden seguir con las acusaciones de que el ex presidente del consejo de administración de la empresa Ernesto Vega y el ex director general de Wal-Mart, Scot Rank, sabían o fueron descuidados por no conocer acusaciones de sobornos*», disponible en: <https://lta.reuters.com/article/businessNews/idLTAKBN16623E>

⁴⁹² Sobre las investigaciones internas véase un interesante trabajo en: NEIRA PENA, A. «Sherlock Holmes en el centro del trabajo. Las investigaciones internas empresariales». *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 37, 2015, pp. 49-89.

⁴⁹³ A raíz del escándalo Watergate de los años 70 que motivó la promulgación de la FCPA en 1977, se comienza a emplear el sufijo –gate– para referirse a actividades clandestinas o ilegales, de esa manera se le da importancia a un tema en especial que contenga algún elemento de escandaloso en la política o gobierno o en entidades transnacionales, disponible en: <http://rpp.pe/futbol/futbol-mundial/fifa-gate-por-que-se-llama-asi-al-caso-de-corrupcion-de-la-federacion-de-futbol-noticia-919446>

⁴⁹⁴ ISL o International Sports and Leisure es una empresa Suiza que tras su quiebra en 2001, se supo que alguna de sus acciones corruptas salpicaban a la FIFA, pero como estaba fuera de jurisdicción del FCPA, no intervino decisivamente Estados Unidos en el asunto.

⁴⁹⁵ Vid. GARCÍA-HERRERA, A., «Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del compliance penal», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 4, mayo-agosto, 2017, pp. 1-13.

riesgo penal tanto en los clubes como en las organizaciones que rigen el fútbol profesional»⁴⁹⁶.

En abril de 2016 otro escándalo involucra a la región, esta vez son los denominados *Panama Papers*⁴⁹⁷. Este escándalo mereció también una investigación del DJEU⁴⁹⁸ bajo la FPCA, y en el que se evidenciaron prácticas corruptas, poniendo al debate la necesidad de adoptar mecanismos de control y prevención como el *compliance*.

El caso *Odebrecht*⁴⁹⁹ es otro de los escándalos mediáticos en la región y el más reciente⁵⁰⁰, descubierto por autoridades estadounidenses en investigaciones al amparo de la FPCA. En este escándalo se encuentran involucrados altos funcionarios estatales de varios países de Latinoamérica⁵⁰¹ incluidos ex presidentes, por haber recibido sobornos de la trasnacional brasileña *Odebrecht* para obtener contratos. Este caso dio lugar a que casi todos los países de América inmiscuidos en la trama de corrupción, revisen sus políticas anti-corruptivas, a la par que iniciaban investigaciones y procesos penales contra los involucrados. Los casos de soborno y más actos de corrupción que envolvió toda la trama *Odebrecht*, desnudaron la ineficacia del modelo organizativo de la trasnacional. Luego del enjuiciamiento y con el cambio de directorio, la empresa ha previsto la implementación de un *global compliance* como medida para prevenir, detectar y combatir la corrupción.

3.- Principio y entornos de cumplimiento

La regulación de los programas de cumplimiento en algunas legislaciones donde han sido adoptados, acogen de alguna manera, directrices tomadas de principios construidos a lo largo de varios años por entidades supranacionales como la OCDE, por ejemplo.

En el caso ecuatoriano puede partirse de los principios de la OCDE, ya que el país desde el año 2019 paso a formar parte del «Centro de Desarrollo» de la OCDE. En tal sentido,

⁴⁹⁶ GARCÍA-HERRERA, A., «Prevenir la corrupción», cit., p.6.

⁴⁹⁷ Comprenden alrededor de 11,5 millones de documentos encontrados en el bufete de Abogados Mossack-Fonseca de Panamá que se dedicaba a la gestión de capitales en paraíso fiscales.

⁴⁹⁸ En una carta enviada por un fiscal del sur de Nueva York al Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación, informa sobre la apertura de una investigación referente al caso de los «Papeles de Panamá», disponible en: <https://www.nacion.com/el-mundo/politica/estados-unidos-abre-una-investigacion-criminal-sobre-los-papeles-de-panama/2DQGNT5DXRFHRPSJ2NSC5YJF7U/story/>

⁴⁹⁹ Odebrecht es una empresa constructora de Brasil de propiedad de la familia Odebrecht de Salvador de Bahía, fundada como compañía en 1944 por Norberto Odebrecht Pernambuco, de ahí su denominación. Además de la construcción se dedica a otras actividades como manufactura de productos químicos y petroquímicos. Los negocios de Odebrecht están presentes en varios países y continentes como América del Norte y Suramérica, Asia, África, Europa y Medio Oriente, además de las Antillas, disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Odebrecht

⁵⁰⁰ El 21 de diciembre del 2016 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos publica su investigación sobre Odebrecht, información disponible en <http://cnnespanol.cnn.com/2017/02/10/el-escandalo-de-sobornos-de-odebrecht-asi-es-el-caso-en-cada-pais-de-latinoamerica-afectado/#0>

⁵⁰¹ Los actos de sobornos de Odebrecht se reportan en doce países a nivel mundial de los cuales diez son de la región –Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela– y dos del continente africano –Angola y Mozambique–, disponible en: <http://www.emol.com/noticias/Internacional/2017/02/09/844214/Caso-Odebrecht-Conoce-cuales-son-los-montos-y-paises-involucrados.html>

habiéndose incorporado con anterioridad la RPPJ, bien podrían los principios de cumplimiento de este organismo, servir de referentes o guías para efectos de ir delineando la estructura básica del *compliance*.

Por otro lado, si se asume que, de forma general, la función del cumplimiento normativo está encaminada no sólo a mitigar sino también a prevenir riesgos penales para la propia empresa y para terceros⁵⁰², para efectos de una aplicación bajo esas funciones en la normativa penal ecuatoriana, es necesario, primero, el conocimiento de los instrumentos guías que sobre su sistema de implementación y funcionamiento se han venido constantemente actualizando a nivel mundial; así como de las perspectivas normalizadoras en el ámbito local⁵⁰³. De ahí que, a continuación, se reflexione brevemente, la necesidad de los principios que comportan un modelo de gestión basados en dos cuestiones: gobernanza corporativa y entornos de cumplimiento.

La OCDE⁵⁰⁴ como ente referente del desarrollo económico mundial, para efectos de lograr «*la sana expansión económica*», establece ciertos principios que de alguna manera han llegado a convertirse en el marco referencial o directrices de los *compliance*. Esas directrices para el caso de empresas que ejercen su actividad o negocio en más de un Estado – transnacionales o multinacionales–, se articulan en lineamientos relativos a ciencia y tecnología, corrupción, competencia e impuestos, derechos humanos, derechos o intereses de los consumidores, empleo y relaciones industriales y, medio ambiente. En 1999 salen a la luz los Principios de Gobierno Corporativo, los que rápidamente se convierten en el entorno genérico respecto de cuestiones *compliance* en procesos decisorios medioambientales, aspectos relacionados con la ética empresarial y de lucha contra la corrupción. Estas prácticas de buen gobierno han sido acogidas mayoritariamente por las legislaciones de los Estados en materia de *compliance*⁵⁰⁵.

Entre los entornos de control y de cumplimiento surgidos a raíz de los grandes escándalos de corrupción como los del caso ENRON en Estados Unidos de Norteamérica, los más influyentes son el *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway* (COSO), y el modelo *Open Compliance and Ethics Group* (OCEG).

⁵⁰² Cfr. AYALA DE LA TORRE, J., *Claves Prácticas*, Lefebvre-El Derecho, S.A., Madrid, 2016.

⁵⁰³ Como ocurre por ejemplo, en España con las normas UNE 19601, que contienen pautas para «*establecer, mejorar o evaluar sistemas de gestión de compliance penal muy variados*», vid. CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017.

⁵⁰⁴ Creada a raíz de la firma de su Convenio fundacional, el 14 de diciembre de 1960 en París, rige desde el 30 de septiembre de 1961.

⁵⁰⁵ No se tratan de documentos específicos de *Compliance*, pero comprenden cuestiones como compromiso con los valores éticos, integridad de la información financiera y el cumplimiento normativo, entre otros. Cfr. CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados*, Difusión jurídica, Madrid, 2012, pp. 61-92.

El COSO, es el modelo o sistema que mayormente satisface las exigencias del control interno y se estructura a partir de información fiable. Propone una estructura que comprende objetivos-componentes-aplicación/evaluación.

El modelo OCEG, por su parte, centra su aporte en el estudio e interrelación de tres elementos esenciales como la gobernanza, la gestión del riesgo, y el cumplimiento. Elementos éstos que estructuran el modelo de «Governance, Risk and Compliance».

De todas formas, sea cual fuere el modelo, lo cierto es que todos esos entornos estructuran en común cuestiones como respaldo cultural, estructuras, identificación de riesgos, políticas y procesos, comunicación y corrección y, monitoreo.

Entre las normas internacionales de aplicación del *compliance* en el ámbito penal, asoma la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), con ámbito de aplicación en temas penales relativos a la prevención, investigación y enjuiciamiento de temas relacionados con la corrupción que regula también cuestiones relativas al embargo preventivo, incautación, decomiso así como la restitución de los productos del delito. En lo que respecta al *compliance*, la CNUCC establece la necesidad de implementar medidas preventivas tanto en el sector público cuanto en el privado, de cara a combatir la corrupción.

3.1.- Las normalizaciones internacionales: normas UNE-ISO 19600:2015, UNE-ISO 37001:2017 y UNE 19601:2017

En el ámbito comparado, en España se cuestiona la ineficacia práctica de los mecanismos que a nivel internacional se exigen para combatir a la corrupción, pese a que se encuentran incorporados en la legislación de ese país, casi todos o al menos la mayoría de ellos. Lo advertido sugiere la necesidad, casa adentro, de revisar su eficacia y adoptar medidas en ese sentido a fin de tornarlos más eficaces. No obstante, en materia penal en asuntos de lavado de activos y de RPPJ, con la regulación del *compliance* se espera que comiencen a dar frutos las prácticas preventivas anticorrupción. En fin, este país ha observado un desarrollo normativo «*evolutivo*» en materia de normalización del *compliance*, que partiendo desde la norma UNE-ISO 26000 que contiene guías de responsabilidad social, proclaman el andamiaje empresarial en la línea del buen gobierno corporativo.

Luego, las normas UNE-ISO 19600:2015, de Sistemas de gestión de *compliance* con antecedente australiano, establecen ya las directrices de un modelo genérico a seguirse a modo de recomendaciones en materia de programas de cumplimiento normativos, y entre los principales aspectos que se destacan, versan cuestiones respecto del compromiso visible

que deben adoptar el órgano de gobierno, la alta dirección y la administración; la necesidad de la independencia de las funciones y de recursos del *compliance*; el control eficaz y la gestión de los riesgos, así como evaluaciones de *compliance* y auditorías; el correcto tratamiento de la información, la adecuación continua del *compliance*; y, los canales de denuncias en donde se prevea la protección de los denunciantes⁵⁰⁶.

Por su parte, la Norma UNE-ISO 37001: 2017 de «Sistema de gestión antisoborno», contienen requisitos de orientación estructurados a partir de la anterior ISO 19600, en aras a luchar contra el soborno en las organizaciones. Entre los diferentes tipos de sobornos constan: el soborno en los sectores públicos y privados sin fines de lucro; soborno de la organización, de su personal, socios de negocio de la organización; soborno a la organización, de su personal, de los socios del negocio en relación con las actividades de la organización; y, el soborno directo e indirecto. Frente a ello, la norma sugiere procesos de debida diligencia; controles financieros y no financieros sobre la organización y sobre los socios de negocio; procedimientos de prevención de sobornos, y canales de denuncia⁵⁰⁷.

Finalmente, la reciente normalización española data de la Norma UNE 19600: 2017 propiamente de «Sistema de gestión de *compliance* penal», aterriza ya en materia del *criminal compliance*. Surgida con la necesidad del momento por la exigencia de la regulación penal española de RPPJ y modelos de integridad, así como por las sugerencias contempladas en las ISO de *compliance* y prevención del soborno⁵⁰⁸, su finalidad central versa sobre el fomento a la cultura de cumplimiento en la persona jurídica de cara a la prevención y detección de infracciones penales.

4.- El estado de la cuestión en América Latina

Frente a las posibilidades planteadas *supra*, corresponde mirar al interior de ciertas regulaciones que han incorporado expresamente los programas de cumplimientos como eximentes y atenuantes de responsabilidad penal, de cara al análisis de algunas cuestiones puntuales que –acorde a la realidad regulatoria ecuatoriana– permitan ir matizando posibilidades comparativas para una futura incorporación como eximente de RPPJ.

Es esa tarea, asoman regulaciones como la argentina, chilena, mexicana y la peruana, que por tener características un tanto similares en materia de RPPJ en sus ordenamientos jurídicos, merecen especial atención.

⁵⁰⁶ Cfr. FERNÁNDEZ, M., ROMÁN GARCÍA, S., «Nuevas normas internacionales en *compliance*», en AA.VV., I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 219-239.

⁵⁰⁷ Vid. FERNÁNDEZ, M., ROMÁN GARCÍA, S., «Nuevas normas internacionales», cit. p. 228.

⁵⁰⁸ Vid. FERNÁNDEZ, M., ROMÁN GARCÍA, S., «Nuevas normas internacionales», cit. p. 229.

En Argentina el art. 9 letra b) de la Ley 27.401, al referirse a la exención de la pena, establece que la persona jurídica quedará eximida de la pena si cuenta con un sistema de control y supervisión adecuado funcionado con antelación al cometimiento de la infracción y, en cuyo caso, las personas físicas que comentan el delito requieran un esfuerzo para violentarlo. Programa de cumplimiento que en términos de la citada ley, consiste en «*el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos*», advirtiéndose además, la necesidad de considerar a la hora de su elaboración, cuestiones como los riesgos propios o afines a la actividad que desempeñe la persona jurídica, su tamaño, así como su capacidad económica. La ley argentina al igual que las otras de la región, prevé exigencias mínimas que deben contener los planes de prevención para que permitan lograr los objetivos propuestos de cara a eximir la RPPJ, entre los que se cuentan: el código de conducta; reglas y procedimientos específicos para prevenir delitos; capacitaciones o formación periódica al personal directivo, administradores y trabajadores en general; entre otros requisitos⁵⁰⁹.

En Chile, la Ley 20.393 en el art. 3 a continuación de advertir la RPPJ, señala a los modelos de organización administración y supervisión como los mecanismos para cumplir los deberes de dirección y supervisión en la empresa, siempre que se los hubiere adoptado con anterioridad a la comisión del delito como mecanismo para prevenirlos. Como se observa en un primer momento, dentro del propio artículo que responsabiliza penalmente a las personas jurídicas se señala la posibilidad de la exclusión de esa responsabilidad. Luego, en un artículo independiente (el 4º), la citada Ley sienta los parámetros básicos de esos modelos de organización. Entre los parámetros del *compliance* chileno⁵¹⁰ consta el oficial de cumplimiento, al que la citada ley lo denomina encargado de prevención, y que será designado por la administración de la persona jurídica –su máxima autoridad–, con funciones que duran tres años prorrogables por una sola vez, y gozará de autonomía frente a su órgano nominador y frente ante las demás personas individuales o colectivamente consideradas en

⁵⁰⁹ Además los programas de cumplimiento conforme a la regulación argentina podrán contener: «I. *El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad*; II. *El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia*; III. *Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos*; IV. *Una política de protección de denunciantes contra represalias*; V. *Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta*; VI. *Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial*; VII. *La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas*; VIII. *El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad*; IX. *Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad*; X. *El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica*», Ley 27.401 de responsabilidad penal.

⁵¹⁰ Respecto del cual se dice que constituye «una estrategia de control del delito vía autorregulación forzada», Vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, H., «La introducción de», cit., p. 228.

el seno de la persona jurídica. La autonomía ha de entenderse en cuanto al cumplimiento de su actividad de prevención y en cuanto a su aspecto laboral y financiero. En lo referente a la prevención de delitos, la ley chilena establece algunos requisitos⁵¹¹ que junto con su sistema de supervisión y certificación⁵¹² coadyuvan en la estructuración del *compliance*, concediendo a su vez, pautas para que empresas y operadores judiciales tengan un margen mayor de análisis de cara a configurarlo adecuadamente y a valorarlo judicialmente. Finalmente, Chile cuenta con una guía de implementación⁵¹³ del *compliance*, y pese a que no tiene carácter normativo obligatorio, sin embargo contiene datos a raíz de los cuales las empresas pueden guiarse para su implementación, lo que a su vez les servirán para acogerse a rebajas de multas y otros beneficios según la rama de actividad. Se trata de una guía que contiene datos respecto de la estructuración y requisitos para la implementación de programas de cumplimiento en materia del Derecho competencial. Un aspecto de interés que por ahora solamente se dejará advertido, constituye en Chile la figura de la suspensión condicional regulada en el art. 25 de la ley en cuestión⁵¹⁴.

En México según el art. 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales que adopta el modelo de responsabilidad por defecto de organización, la persona jurídica responderá entre otras cosas, por inobservancia del debido control en su organización, control que ha de ser

⁵¹¹ Entre las exigencias que prevé el art. 4. 3) de la citada ley, consta: «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», Ley núm. 20.393.

⁵¹² Respecto de la supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos, el art. 4. 4) establece que: «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.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal», Ley núm. 20.393.

⁵¹³ Implementada en el año 2012 por la Fiscalía Nacional de Economía bajo la denominación de «Programa de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia», está encaminada al incentivo en la aplicación de medidas de prevención, detección y control en materia de libre competencia. El programa recomienda cuatro líneas de acción o requisitos copulativos: a) real compromiso de cumplir con la normativa de libre competencia; b) la identificación de actuales y posibles riesgos que enfrenta el agente económico; c) mecanismos y procedimientos internos acordes al compromiso de cumplimiento adquirido; y, d) la participación de Gerentes y/o Directores en el Programa de Cumplimiento. Luego ya en cuanto a su estructuración contiene cinco elementos de conformación que son el manual, el entrenamiento, el monitoreo, la auditoría y las medidas disciplinarias, todo con la finalidad de prevenir, detectar infracciones y controlar el daño. Luego el programa contempla los beneficios que le pueden proporcionar a la empresa la adopción de esos programas, y que tienen que ver con rebajas de multas y otros beneficios contemplados en la regulación chilena interna».

⁵¹⁴ Al respecto el citado artículo señala que, «podrá decretarse siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente, respecto de la persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esta ley. El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, la persona jurídica esté sujeta al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones: (...). 4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°».

ejercido a través de los programas de cumplimiento⁵¹⁵, los que al igual que lo que se decía de la primera regulación española de 2010 –en el sentido de que contenía referencia genérica⁵¹⁶–, merecen en México un mayor tratamiento regulatorio de cara a abordarlo con mejor criterio.

En Perú, el artículo 16 de la Ley 30424, ubica al *compliance* como una de las exigencias para que proceda la suspensión de la ejecución de una medida impuesta a la persona jurídica. Luego, el art. 17 al contemplarlo como exigente sienta los requisitos mínimos del programa⁵¹⁷, los que posteriormente son desarrollados con amplitud en el Reglamento de la Ley 30424 que regula todo lo referente a la estructuración de los programas de cumplimiento. La regulación peruana determina también los efectos jurídicos y la valoración de los programas de cumplimiento, en cuyo caso, será la Superintendencia del Mercado de Valores la que remita a fiscalía un informe técnico en el que analiza tanto la implementación cuanto el funcionamiento del *compliance* en la fase pre procesal, y antes de que el representante del Ministerio Público formalice su investigación preparatoria. La legislación peruana confiere pleno valor probatorio a dicho informe que, además, goza del carácter de pericia institucional. Si en el citado informe técnico se establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito es adecuada, el fiscal deberá disponer de forma motivada el archivo de lo actuado hasta ese momento⁵¹⁸, y por ende, no continuar con el procesamiento de la persona jurídica. Esta norma permitirá a la persona jurídica evitar costos económicos y reputacionales que puede implicarle el sometimiento a un proceso penal.

⁵¹⁵ Vid. URIBE MANRÍQUEZ, A., «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en México», en AA.VV., L. M. Reyna Alfaro (dir.), I. Coca Vila, A. Uribe Manríquez (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, Ideas Soluciones Editorial S.A.C, Lima, 2018, pp. 275-285.

⁵¹⁶ Cfr. GOENA VIVES, B., «Responsabilidad penal corporativa y *compliance programs*: Un estudio comparado de las legislaciones mexicana y española», en AA.VV., L. M. Reyna Alfaro (dir.), I. Coca Vila, A. Uribe Manríquez (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, Ideas Soluciones Editorial S.A.C, Lima, 2018, pp. 251-271.

⁵¹⁷ El art. 17.2 indica los elementos mínimos que debe observar el modelo de prevención:

«17.2.1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.

17.2.2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.

17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.

17.2.4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.

17.2.5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

El contenido del modelo de prevención, atendiendo a las características de la persona jurídica, se desarrolla en el Reglamento de la presente Ley. En caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados.

17.3. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

17.4. Se excluye también la responsabilidad de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado», Ley 30424, Decreto Legislativo 1352, disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-amplia-la-responsabilidad-administra-decreto-legislativo-n-1352-1471551-4/>

⁵¹⁸ Ley 30424, Decreto Legislativo 1352.

5.- El estado de la cuestión en Ecuador

En Ecuador, se advierte como política de Estado –al menos en teoría– un amplio margen regulatorio y organizacional que, partiendo desde declaraciones constitucionales⁵¹⁹, aspira combatir el flagelo de la corrupción en el país. Así, bajo directrices externas de entidades e instrumentos internacionales como la CICC y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, el país adopta en su normativa regulaciones encaminadas a los propósitos comunes de esos Instrumentos en pro de luchar contra la corrupción en el ámbito de la cooperación internacional.

Con la Constitución de 2008 Ecuador crea como función del Estado y en aras de la lucha contra la corrupción, la Función de Transparencia y Control Social (FTCS) que engloba a otros órganos de control como Contraloría General del Estado (CGE), las Superintendencias, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) y la Defensoría del Pueblo; cuyos fines generales para los propósitos que nos interesa, son los de prevención y combate a la corrupción⁵²⁰ cuando involucren fondos públicos o al sector público y al privado que maneje fondos públicos.

Ya en sede operativa, para combatir la corrupción en el sector público Ecuador ha desarrollado una estructura que cobijada al amparo de la FTCS, lo conforman entidades y organismos de control que cuentan con sus respectivas normativas desarrolladas en Leyes Orgánicas que contemplan los campos de acción de esos organismos de control y fiscalización, así como también las respectivas sanciones. De los organismos que forman parte de esta Función, es el CPCCS el ente encargado de llevar adelante procesos de investigación respecto del uso y manejo de fondos públicos o de actividades que tengan que ver con ese sector; se rige por la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (LOPCCS) que determina los sujetos sometidos a control de la FTCS, así como las respectivas sanciones. El CPCCS dentro de su organigrama de funcionamiento

⁵¹⁹ El art. 83 de la CRE señala que «8. Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 8. Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción».

⁵²⁰ Es el art. 204 de la CRE el que regula los fines de esta entidad, en este sentido el referido mandato constitucional establece que esta Función: «...promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción»

tiene instaurado «*mecanismos de control*»⁵²¹, siendo uno de sus objetivos la prevención y la acción de denunciar actos de corrupción o casos de impunidad⁵²².

En la sección de Relaciones Internacionales, el CPCCS presenta la normativa regional de la que Ecuador es parte en la lucha contra la corrupción, y siguiendo directrices externas, admite que tanto la prevención como la erradicación de la corrupción son de responsabilidad estatal. De ahí se justifica la necesidad de la suscripción de instrumentos internacionales como la CICC, además de otros acuerdos como la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) y el Acuerdo de Integración Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena (AISA); todo esto con la ineludible finalidad de promover y fortalecer al interior del Ecuador el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción⁵²³.

Otro de los organismos de control adscritos a la FTCS es la Contraloría General del Estado⁵²⁴, encargada de fiscalizar y de iniciar los procesos de investigación a entidades públicas o privadas que manejen fondos públicos, y determinar de ser el caso, indicios o no de responsabilidad penal.

En asuntos que vinculan únicamente actividades comerciales y relaciones privadas, en Ecuador se advierte una regulación dispersa sobre medidas de control anti corrupción en el sector privado. En efecto, existe un sistema regulatorio que se encuentra disperso en determinados cuerpos normativos, en reglamentos y en resoluciones⁵²⁵, como las normas anticorrupción del sector financiero, del ámbito del derecho a la competencia, la protección de datos, en la lucha contra el crimen organizado, el lavado de activos, el medio ambiente y el sector laboral. A nivel de organizaciones –personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro–, son las Superintendencias de Compañías las entidades gubernamentales encargadas de control externo.

En el ámbito del Derecho a la competencia y protección de datos y siguiendo los lineamientos de organismos internacionales, el país ha desarrollado política y normativa tendiente a combatir prácticas *anti-trust*, así como también, ha creado entidades gubernamentales encaminadas a velar por el cumplimiento de esas normativas como la Superintendencia de

⁵²¹ Los mecanismos de control del CPCCS son estos mecanismos los conforman las Veedurías Ciudadanas, los Observatorios, las Defensorías Comunitarias y el Comité de Usuarios. De estos mecanismos el que realiza labores de control es La veeduría ciudadana que es un mecanismo de control que permite a los ciudadanos vigilar, fiscalizar y controlar a la administración y gestión de lo público y también del sector privado que maneje recursos públicos o desarrolle actividades de interés público amparados en normativas como La Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y el Reglamento General de Veeduría, disponible en: <http://www.cpccs.gob.ec/es/participacion-ciudadana-y-control-social/control-social/#tab-1450476333360-3-7>

⁵²² Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Disponible en: <https://www.cpccs.gob.ec/>

⁵²³ Así puede observarse en la información de la plataforma del (CPCCS) dentro del apartado Relaciones Internacionales, disponible en: <http://www.cpccs.gob.ec/es/relaciones-internacionales/>

⁵²⁴ La Contraloría General del Estado se rige por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

⁵²⁵ Vid. MURIEL BEDOYA, B., «Compliance: su evolución», cit., p. 167.

Control de Poder de Mercado (SCPM), organismo estatal regulador y encargado de combatir la competencia desleal y de velar el cumplimiento de las buenas prácticas de mercado respaldado en la normativa⁵²⁶ correspondiente. El manejo y acceso a la información así como la protección de datos, son también constitucionalizados en Ecuador, adoptando de esta manera, requerimientos de instrumentos y organismos internacionales⁵²⁷ de los cuales el país es parte. En esa ruta, la CRE recoge la protección de datos⁵²⁸ dentro de los derechos de libertad, así como el derecho de acceso a la información⁵²⁹, contemplando además como mecanismo constitucional una acción de acceso a la información pública⁵³⁰.

Al igual que en el caso de las normativas anti corrupción, en estos temas Ecuador ha desarrollado la normativa e instaurado los organismos respectivos que la regulen y apliquen como ocurre, por ejemplo, en el Sistema Financiero que cuenta con organismo y regulación como la UAFE y la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos regido por la Ley de Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; además de leyes, como la de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

En resumen, el derecho de competencia conjuntamente con la protección de datos y el manejo de la información, son puntales determinantes en la lucha contra la corrupción, cuestiones que son consideradas dentro de la práctica del *compliance*⁵³¹ como aspectos necesarios para su correcto funcionamiento.

No obstante lo indicado, se puede sostener de manera general, que en la vertiente preventiva y neutralizadora de delitos lo más parecido al *compliance* que existe en Ecuador se encuentra en materia de seguridad de los trabajadores, de Derecho ambiental y de lavado de activos; sobre todo, ésta última materia ha generado el desarrollo de normativas en el ámbito del Derecho societario, de valores y seguros, como las Normas para Prevenir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos en las Bolsas de Valores, Casas

⁵²⁶ La Superintendencia de Control de Poder de Mercado es un organismo que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social y encargado de aplicar la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

⁵²⁷ Entre los instrumentos internacionales que contemplan esos aspectos están: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de San José.

⁵²⁸ Este derecho se encuentra recogido en la Constitución del Ecuador de 2008 en el numeral 19 del art. 66, ubicado sistemáticamente dentro del Capítulo sexto titulado Derechos de libertad. La citada norma suprema reconoce y garantiza a las personas «El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley».

⁵²⁹ El art. 18.2 de la Constitución del Ecuador de 2008 reconoce a las personas el derecho a: «Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información».

⁵³⁰ Este mecanismo se encuentra normado en la Constitución en el art. 91 «La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley».

⁵³¹ MURIEL BEDOYA, B., «Compliance: su evolución», cit., p. 174.

de Valores y Administradoras de Fondos y Fideicomisos; Normas para las Instituciones del Sistema de Seguro Privado sobre Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros Delitos. Toda esta normativa ha sido estructurada para que el sector societario encuadre sus actividades al amparo de las exigencias indicadas en la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, y en su respectivo Reglamento. En estas normativas se pueden observar ciertas exigencias que conforman la estructura básica de los programas de cumplimiento como se verá *infra*. Sin embargo, dado la institucionalización de la RPPJ en el país, se hace necesario su abordaje penal no solamente en el ámbito del lavado de activos, sino en todas las áreas en las que afecta esa responsabilidad. Pues, si lo que se pretende es el ejercicio de los objetivos advertidos comúnmente por la doctrina⁵³², esto es, la detección y neutralización de conductas delictivas en el seno de las personas jurídicas de derecho privado, la necesidad *compliance* no solamente debe circunscribirse a una sola actividad delictiva.

Luego, más allá de los objetivos preventivos y neutralizantes, la necesidad del *compliance* en materia penal, deberá estructurarse en su naturaleza jurídica no sólo para fines atenuantes (como el caso ecuatoriano) sino también para fines eximentes (caso español y países de la región donde se lo regula).

6.- Autorregulación y *Compliance*

En Ecuador, en el ejercicio del derecho constitucional de *libre asociación*, las personas pueden agruparse para diferentes objetivos de tinte social o económico. Entendidos dentro de los primeros, todas las actividades relacionadas con el sector de fundaciones o asociaciones sin fines de lucro; y, dentro de los segundos, todas aquellas actividades que tienen trasfondo económico, lucrativo y dentro de las cuales se incluyen las que realizan las empresas mercantiles públicas y privadas.

Esa libertad de asociación que, para propósitos económicos, permite la conformación de organizaciones y empresas personas jurídicas de naturaleza pública y privada, les posibilita a éstas su libre determinación, en la medida que se adecuen a las exigencias del ente que decide su aprobación y que en teoría controla sus funcionamientos. Esas entidades en el caso de las empresas mercantiles en Ecuador, lo constituyen las Intendencias y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SUPERCIAS). Empero, más allá de la

⁵³² ATAHUAMAN PÁUCAR, J., «La fundamentación de la responsabilidad penal del *compliance officer* a través de su especial posición de garante. A propósito de la ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el Perú», en AA.VV., D. Caro Coria (dir.), L. Reyna Alfaro (ed.), *Anuario Derecho Penal Económico y de la Empresa*, núm. 4, Ideas Solución Editorial, Lima, 2018, pp. 117-152.

permissividad de asociación, la cuestión tiene un trasfondo dogmático de tinte penal, al que habrá que remitirse para poder fundamentar contextualizadamente la necesidad no sólo de la autorregulación sino también de la posible heterorregulación de la autorregulación⁵³³ o regulación regulada, que se las analizan *infra*.

En efecto, el derecho de libre asociación constituye apenas el punto de partida de la discusión. Luego, la construcción doctrinaria elaborada a partir de experimentos sociales en el devenir y desarrollo de la sociedad misma, permite centrar la atención en dos cuestiones que caracterizan a la sociedad moderna policéntrica⁵³⁴: el riesgo y el conocimiento⁵³⁵, generados precisamente, en el ámbito de la actividad empresarial y en ejercicio de ese derecho de asociación. Y es que, el empresarial, constituye uno de los principales sectores de la economía que en Ecuador al igual que en otros países –no comunistas– se encuentra en menor proporción en manos públicas y en su mayoría en manos privadas. De ahí la importancia de la participación estatal en esta materia a través del Derecho para su regulación.

Por otro lado, el justificativo «*económico social*» por el que Ecuador *a priori* debería intervenir en el control al sector empresarial⁵³⁶, no dio asidero para que en la primera regulación de a RPPJ se incorporen los programas de cumplimiento como bajo el discurso primario de la autorregulación ni de la autorregulación regulada. Quizás, lo advertido, sea otro de los factores por los que le ha costado al legislador ecuatoriano, admitirlos expresa y primariamente en el COIP cuando incorporó en el año 2014 la RPPJ. Y es que, el modelo político y económico por el que travesaba Ecuador al momento de la incorporación de la RPPJ, visualizaba aires intervencionistas⁵³⁷. De ahí que, en ese panorama, no cabía el análisis doctrinal que aquí se pretende, y que tiene que ver con el desarrollo de la sociedad en estricto sentido, en el que las empresas privadas adquieren protagonismo social y económico –en ellas se desarrolla el conocimiento a través de la investigación–; y en el que, a su vez, en aras a contrarrestar sus avances desmedidos, se hace necesario como apunta GÓMEZ-JARA, que el Estado supervisor busque «*nuevas vías de acceso a parcelas sociales*

⁵³³ Vid. GÓMEZ JARA-DIEZ, C., *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ARA-Olejnik, Lima-Buenos Aires, 2017.

⁵³⁴ Vid. WILLKE, H., *Ironies des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, SuhrKamp, Frankfurt am Main, 1992, traducción libre.

⁵³⁵ Vid. KRAEMER, K., «Kapitalistische Gesellschaft», G. Kneer, A. Nassehi, M. Schroer (eds.), *Klassische Gesellschaftsbegriffe der Soziologie*, Fink, München, 2001, pp. 111 y ss.

⁵³⁶ En Ecuador al igual que ocurre en varios Estados de la región, un sector ideológico viene pregonando por la no intervención estatal y la autorregulación empresarial, mientras que ideologías de izquierda inclusive con discursos socialistas, promulgan a toda costa el intervencionismo del Estado y por ende la regulación de las empresas. Y en el caso concreto de Ecuador, durante la última década al parecer se ha impuesto la segunda opción. Esta afirmación la refuerza los sinnúmeros de entidades, leyes y decretos gubernamentales regulatorios de las distintas actividades empresariales del país, además del control propio a las empresas privadas por los organismos gubernamentales de la materia. Y es que, bajo el argumento de la preminencia de los intereses públicos y colectivos frente al lucro o mayor beneficio de las empresas privadas –que en su mayoría estaban en Ecuador en manos de la derecha–, terminó por imponerse el discurso ideológico de izquierda.

⁵³⁷ Entre 2002 a 2017 se nacionalizaron algunas empresas privadas sobre todo en telecomunicaciones como los canales de televisión Telecentro y Gamavisión, otras se confiscaron como la Hacienda Clementina, otras fueron obligadas a cerrar.

cuya complejidad ya le desborda»⁵³⁸, precisamente por el riesgo que la actividad empresarial genera.

Al hilo de lo advertido, va justificándose o al menos tomando cuerpo en Ecuador –visto el progreso de la sociedad contemporánea– la necesidad de ceder al sector empresarial privado la regulación de sus complejas actividades, ya que resulta difícil lograr una correcta «*organización empresarial*» en sociedades policéntricas –como la ecuatoriana al tiempo de la introducción de la RPPJ– donde el Derecho penal constituye instrumento de intervención directo de las esferas sociales y económicas; contrario, a lo que ocurre en sociedades en las que en su contexto regulador, se permita la autorregulación de los actores involucrados⁵³⁹. De ahí que, cuestiones de moderna data empresarial como la complejidad y el dinamismo⁵⁴⁰ de las empresas, acrecientan cada vez la necesidad de potenciar esa autorregulación con miras a fomentar el cumplimiento, pero sin ignorar las voces en contra que han advertido el peligro que ello implicaría⁵⁴¹.

Es en el análisis contextualizado de una sociedad moderna, de la que no puede escapar el Ecuador, donde se permite abordar desde el Derecho penal la necesidad de la autorregulación empresarial más allá de cualquier sesgo ideológico-político. Ello, debido a que –como se indica líneas arriba– los riesgos están latentes en la actividad que desarrolla dicho sector, y no solamente bajo argumentos de plantar cara al problema que presenta «*la búsqueda del mayor beneficio por parte de la corporación y el de importantísimos intereses públicos colectivos*», que en el país ha servido de bandera para la regulación e intervención estatal a las empresas privadas; sino sobre todo, y precisamente, por que dicha regulación, dado la complejidad que representa la actividad del sector empresarial, puede resultar insuficiente por parte del Estado, pudiendo dar como resultado un «*mero o aparente control*». Empero, habrá que hacerlo con responsabilidad para evitar que en la práctica la cura pueda resultar peor que la enfermedad⁵⁴². Y es que, ya la doctrina ha advertido las potenciales

⁵³⁸ «Autorregulación y responsabilidad», cit., p. 31.

⁵³⁹ Vid. GÓMEZ-JARA-DIEZ, C., «Autorregulación y responsabilidad», cit., p. 33. Este autor, al explicar los fundamentos de la autorregulación en el Derecho penal empresarial, esgrime esta posibilidad con base en un derecho reflexivo sustentado en la teoría de sistemas de LUHMANN, que como señala COCA: «*recurre al topos de la desterritorialización en la producción industrial, la internacionalización del control de las cadenas productivas, así como la proliferación de subsistemas económicos, autorregulados*», COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en AA.VV., J. Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp.43-76.

⁵⁴⁰ Según criterios en favor de estos aspectos y contrarios a la regulación intervencionista estatal sostiene que «*Uno de los argumentos principales que se suelen dar para negar esta posibilidad reside en el hecho de que las organizaciones empresariales son actualmente tan complejas y dinámicas que resulta difícil que el Estado pueda entrar a regularla con éxito de manera que quien estaría en mejores condiciones para llevar a cabo esta regulación sería la propia empresa*», ASTUDILLO MEZA, G., JIMÉNEZ MONTES, S., «Programas de Cumplimiento Como Mecanismo de Lucha Contra la Corrupción: Especial Referencia a La Autorregulación de Las Empresas», *Rev. Derecho y Sociedad*, núm. 45, 2015, pp. 63-73.

⁵⁴¹ En este sentido Vid. BUSATO, P., «Lo que no», cit., p. 3, quien bajo la denominación, Autorregulación: el lobo a cuidar en ganado, advierte esa posibilidad no tan «buena» de esta figura.

⁵⁴² A esto me refiero cuando por el afán de lo acuñado en el discurso intervencionista, una vez establecido o adoptado el sistema de regulación estatal en las empresas privadas, en caso de que el Estado se vea incapaz de realizar un control eficaz, dado lo dinámico, multifuncional y complejo de la actividad empresarial, las empresas bien puedan desbordar ese «buen gobierno corporativo» al que están llamadas, precisamente, por ese control ineficaz. Pues, esas preocupaciones por controlar el comportamiento de las empresas surgido desde hace tiempos por asuntos relativos a *propiedad y gestión* «*Shareholders-*

circunstancias por las que el Estado no tendría capacidad heterorreguladora eficaz, o al menos estaría perdiendo capacidad de ejercer esa heterorregulación directa sobre el funcionamiento y actividad empresarial; pero no es menos cierto que también ha advertido los peligros de la privatización de una autorregulación⁵⁴³.

Al hilo de lo anterior, ha de advertirse que los procesos de globalización al que se adscriben a diario las empresas como la especificación y sectorización de las actividades empresariales, la complejidad de las estructuras organizativas, los cada vez más complejos modelos de gestión empresarial, la crisis social-financiera de los Estados para costear costos de la heterorregulación⁵⁴⁴; sumado a otros factores de modernidad como el desarrollo tecnológico⁵⁴⁵ creado y aplicado en ciertas empresas que las tornan complejas, indudablemente, son factores o circunstancias a tomarse en consideración de cara a apuntalar en pro de la autorregulación como lo advertía primariamente HEINE.

Por lo acotado, urge entonces bajo necesidad político-criminal, que esa autorregulación⁵⁴⁶ se consolide en el país como una herramienta que permita de forma eficaz la prevención y esclarecimiento de infracciones penales perpetradas en el ámbito de la actividad empresarial⁵⁴⁷. Esa herramienta puede ser precisamente, un programa de cumplimiento normativo⁵⁴⁸.

Ahora bien, esa autorregulación tampoco puede ser antojadiza ni de libre albedrío empresarial, en el sentido que pueda llegar a generar por un lado, un Estado pasivo, complaciente e incapaz; y por otro, un sector empresarial autorregulado a «medida» de sus

administrators», con los consecuentes riesgos que pueden generar –como fraude y negligencia por ejemplo– por un lado; y, *propiedad y empresa «Stakeholders-company»*, que puede generar riesgos –en salud, salubridad, consumo, entre otros–, dado la influencia de ciertas empresas en la vida misma de los ciudadanos de un Estado; por otro lado, en el marco de la regulación estatal de las empresas, seguirán sin darse respuestas adecuadas que bien podrían ser abordadas desde la óptica de la autorregulación empresarial. Sobre esto último, Vid. NIETO MARTÍN, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», *Política Criminal*, núm. 5, 2008, A 3-5, pp.1-18.

⁵⁴³ BLUMENBERG, A., GARCÍA-MORENO, B., «Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín, J. Hortal Ibarra, B. Valiente Ivañez (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, p. 273-300; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, IUSTEL, Madrid, 2008; SIEBER, U., «Programas de 'compliance' en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica», en AA.VV., M. Abanto Vásquez (trad), L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín (dirs), *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 63-109.

⁵⁴⁴ COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento», cit., pp. 45-46.

⁵⁴⁵ En este sentido y vinculado al factor riesgo, Vid. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad», en AA.VV., J. Montiel (ed.), *La Crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 289-314.

⁵⁴⁶ Entre muchas definiciones, la autorregulación es considerada como «un esquema por el cual una organización representativa de un determinado sector o actividad social (una asociación profesional o comercial, por ejemplo, o bien de un conjunto de empresas de un determinado sector de la actividad económica) desarrolla un sistema de reglas para su propio gobierno, las cuales luego se encargará de supervisar y hacer cumplir, normalmente entre sus miembros y, raras veces, en toda la comunidad. Tales sistemas pueden ser construidos en forma totalmente independiente del gobierno», CARBAJALES D'CHIARA, M., *La regulación del mercado financiero. Hacia la autorregulación del mercado de valores*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2006.

⁵⁴⁷ Vid. NIETO MARTÍN, A., «Responsabilidad social, gobierno», cit., p. 2

⁵⁴⁸ Se ha llegado a sostener, inclusive, que la autorregulación empresarial contribuye a la expansión de los programas de cumplimiento. Al respecto, véase NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal», en AA.VV., F. Rojas Vargas, J. E. Prado Soriano (dirs.), *Compliance aplicado al derecho penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Ideas Solución, Lima, 2019, pp. 11-48.

intereses. Con ello no se está confirmando que no pueda existir una «*autorregulación pura o voluntaria*»⁵⁴⁹, sino que se requiere de mecanismos eficaces de controles internos en las empresas, que permitan observar al interior de la sociedad ecuatoriana un correcto ejercicio del *gobierno corporativo*, entendido éste no solamente en términos de GUTIERREZ, como «*el conjunto de normas, usos, procedimientos, funciones y principios que determinan e integran la empresa en su conjunto, así como sus órganos de administración, que a su vez regulan y dirigen el gobierno de una sociedad*»⁵⁵⁰, o en término de la OCDE, como los «*medios internos por los cuales las corporaciones son operadas y controladas*»; sino sobre todo, en su concepto de «*bueno*», ya que solamente así, inspirará por un lado, confianza en la sociedad, y por otro, ayudará a las corporaciones o empresas –en términos de la propia OCDE– a que empleen sus capitales de forma eficiente.

Asoma, entonces, bajo criterio político-criminal en el ámbito del Derecho penal ecuatoriano en materia de RPPJ, la necesidad de que esa autorregulación sea revisada para no caer en libertinaje autorregulatorio. De ahí la necesidad de abordar los tres modelos de autorregulación comúnmente debatidos por la doctrina: la regulación pura, la meta regulación, y la autorregulación regulada⁵⁵¹.

- a) **La autorregulación pura.**- Ideada sobre el auto-sometimiento a determinadas reglas, así como sobre el ejercicio de la libertad-negativa del individuo⁵⁵², persigue ese ideal ético y filosófico de autodeterminación empresarial reforzado por la idea del buen gobierno corporativo en estricto sentido. Se la considera como aquella «*manifestación de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual que le permite a un grupo de personas dictarse unas normas de conducta, verificar su cumplimiento y prever consecuencias en caso de desconocimiento, sin la intervención del Estado, aunque sujeta al interés público y al respeto de los derechos fundamentales de los partícipes*»⁵⁵³.

Se trata de normas que se estructuran en instrumentos y que dependiendo de la empresa o necesidad, adquieren denominaciones como códigos éticos, catálogos, estándares o protocolos de actuación ante determinados riesgos empresariales⁵⁵⁴. En Ecuador, de forma dispersa pueden observarse esos instrumentos en determinadas

⁵⁴⁹ COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento», cit., p. 48.

⁵⁵⁰ GUTIÉRREZ-HERRERO PUIG, J., *Gobierno corporativo. ¿Mito, realidad o término medio? ¿Qué ha pasado en los últimos años?*, Tesis de máster, Universidad de Comillas, 2014.

⁵⁵¹ Vid. COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento», cit., p. 48 y ss.

⁵⁵² IBIDEM.

⁵⁵³ Así se la puede entender en un pronunciamiento de la jurisprudencia colombiana en la Sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011 de la Corte Constitucional, juez ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Mientras que entre otras definiciones doctrinarias, Vid. DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005.

⁵⁵⁴ Vid. COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento», cit., p. 49.

empresas, sobre todo en aquellas que cotizan en la bolsa de valores, aunque luego la normativa del Estado a través del respectivo organismo de control, en cierta medida desnaturaliza el carácter de «*pura o voluntaria*».

- b) **La meta-regulación.-** Es entendida generalmente en dos aspectos que tienen que ver, por una parte, con los incentivos estatales para que sean las propias empresas quienes se autorregulen; y por otra, con la necesidad excepcional de condicionar bajo lineamientos generales, la normativa interna dentro de la cual la empresa⁵⁵⁵ se está autorregulando. Puede verse en el caso ecuatoriano que la CRE en el art. 71 establece incentivos para personas naturales y jurídicas cuyas políticas sean de protección a la naturaleza.
- c) **La autorregulación regulada.-** Es la clase de regulación de la que más se habla a la hora de plantear y justificar la necesidad del *compliance*. Abordada desde la óptica advertida por GÓMEZ-JARA⁵⁵⁶, refiere por una parte la posibilidad de un traspaso integral del derecho sancionador desde el Estado hacia la persona jurídica para que sea ésta la que investigue y sancione⁵⁵⁷, o lo que es igual, ejerza ese *ius puniendi* respecto del personal sujeto a su soberanía⁵⁵⁸. Posibilidad que como observa el propio autor, tiene sus complicaciones teóricas.

Por otra parte, asoma también la posibilidad de la regulación de un tercero ajeno al Estado y a la propia empresa, algo que hasta cierto punto no resulta novedoso en Ecuador, ejemplos como la Federación Ecuatoriana de Fútbol y otros, así lo evidencian. Se trata de organismos que sin ser estatales o públicos sino enteramente privados, gozan de autonomía y reconocimiento del Estado para ejercer control. Sin embargo, en Ecuador –siguiendo con el ejemplo del fútbol profesional que a raíz del caso FIFA-Gate desnudó actos de corrupción– la cuestión de la regulación privada de organismos ajenos al Estado y a la propia empresa, no convence del todo. De ahí que, pese a que en la actualidad organismos como el ejemplificado se encuentren

⁵⁵⁵ Vid. COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento», cit., p. 50.

⁵⁵⁶ Este autor analiza tres escenarios posibles: «*la cesión a las empresas de la soberanía del castigo sus empleados, la cesión a una entidad privada de la soberanía del castigo a las empresas y, la cesión a la empresa de un ámbito de autorregulación a cambio de la responsabilidad por las consecuencias que de la misma se derivan*». Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «Autorregulación y responsabilidad», cit., pp. 35 y ss.

⁵⁵⁷ Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «Autorregulación y responsabilidad», cit., pp. 35-37. Este mismo autor advierte las complicaciones teóricas que suponen esta posibilidad, aludiendo inclusive a la posibilidad de una especie de «*sustitución*» del contrato social por el contrato entre empleado y empresa, que obviamente, no resulta bien vista. Además, pese a que determinadas corporaciones tengan influencia en la vida pública de los Estados, no es suficiente motivo como para entregarles en sus manos, dice el autor, «*una de las manifestaciones de soberanía más auténticas que existe: el castigo penal*».

⁵⁵⁸ Vid. NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 4ta ed., Madrid, 2005.

ejerciendo cierta clase de potestad sancionadora en el país, no se puede aseverar que en esos casos se haya transferido la potestad sancionadora penal⁵⁵⁹.

En la misma línea de la autorregulación regulada, otra posibilidad que sin desmerecer las dos opciones anteriores y basada en la «*libertad de organización de responsabilidad por las consecuencias como principio orientador del Derecho penal empresarial*»⁵⁶⁰, y que combina la regulación en una suerte de «*heterorregulación de la autorregulación*», es aquella en la que el Estado se reservaría de forma residual cierta parte de la potestad sancionadora, sobre todo, aquella que corresponde al ejercicio del proceso penal cuando esa autorregulación sea vulnerada a través del cometimiento de infracciones que afecten a bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

6.1.- *Compliance*, autorregulación regulada y estándares internacionales

Planteada y justificada la necesidad de una autorregulación regulada, asoma por ahora⁵⁶¹ el *compliance* como instrumento idóneo para dicho ejercicio. *Compliance* que desde una óptica político-criminal minimizaría los riesgos penales en la empresa⁵⁶². Y es que, la tendencia⁵⁶³ parece irse consolidando a raíz de la asunción del modelo de autorresponsabilidad por defecto de organización en el que la autorregulación regulada parece dar sostén a la RPPJ, y sobre todo, a la hora de justificar⁵⁶⁴ la presencia de los programas de cumplimiento. No obstante, ha de advertirse en su contra un abundamiento del sistema punitivo con negativas o dudosas implicaciones en la legalidad⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ Cfr. GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «Autorregulación y responsabilidad», cit., p. 39. En este sentido al autor es cauto al concluir, además, que otorgar el monopolio del castigo penal a esas terceras organizaciones privadas, implica un gran salto que por ahora el Estado no está dispuesto a darlo.

⁵⁶⁰ Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «Autorregulación y responsabilidad», cit., pp. 49-50. El autor acude a una especie de adaptación o compaginamiento entre la responsabilidad penal empresarial y la autorregulación de la empresa a cambio de responsabilidad por sus consecuencias, para ello explica que la necesidad de *situar el «sí» de la responsabilidad penal empresarial en este tercer fundamento de la autorregulación, y permitir que el primero y el segundo desplieguen efectos en el «cómo»*.

⁵⁶¹ El avance tecnológico puesto al servicio empresarial y legal, puede que a lo mejor en el futuro dote a la empresa y al derecho de otro u otros instrumentos más sofisticados y eficaces.

⁵⁶² En este sentido se pronuncian BARCARCE, F. y BERRUEZO, R., *Criminal compliance y persona jurídica*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

⁵⁶³ En la tendencia internacional a incorporar la RPPJ, el *compliance* está adquiriendo relevancia. GÓMEZ-JARA DIEZ, C., «Incidencia de la Autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance programs*, Olejnik, Santiago, 2018, pp. 212-272.

⁵⁶⁴ Aunque en sentido contrario se cuestiona que en realidad el *compliance* sea instrumento de esa autorregulación regulada, esto en que no se puede concebir la idea de que el Derecho penal siendo por definición público, se condicione a parámetros regulatorios privados, en cuyo caso resultaría imposible la legitimación de *compliance* como instrumento de autorregulación regulada y lo que en todo caso se trataría, es de una cuestión de necesidad ante la compleja actividad empresarial, Vid. COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento» cit., p.50

⁵⁶⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J., «La exigente "modelos de prevención de delitos". Fundamento y base para una dogmática» en AA.VV., R. Ragués I Vallés, R. Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico empresarial*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 231-257.

En Ecuador, el escenario en materia de autorregulación regulada se presenta en escasas parcelas, en determinados ámbitos de la actividad económica. Así por ejemplo, esa necesidad ha sido abordada por el ejecutivo en el sector bursátil⁵⁶⁶ desde el año 2018. Por lo demás, la autorregulación sigue predominando la esfera de lo empresarial.

El *compliance* como instrumento para ejercitar la autorregulación regulada, ha comenzado a fraguarse en el ámbito internacional en una suerte de estandarización a través de las normas ISO 19.600 e ISO 37.001; y a pesar de que, como ha coincidido la doctrina especializada, son una especie de *traje a la medida*⁵⁶⁷ de la empresa, esas normas internacionales como se indicó *supra*, determinan al menos ciertos ámbitos generales de estructuración y funcionamiento, y que en el particular caso español por ejemplo, han permitido en su interior la normativización de la UNE 19.601, que coadyuva extrapenalmente al establecimiento de los requisitos mínimos establecidos por el legislador de este país en la norma penal. Además, el riesgo que implica de por sí la actividad empresarial transnacional, refuerza la necesidad de dichas estandarizaciones, siempre bajo la advertencia de que para su efecto al interior de los Estados que la suscriban, no contravengan su ordenamiento interno. De ahí el objetivo de aquéllas por no contemplar normativa jurídica sino meramente «*organizativa*».

Las normas ISO 19.600 señalan al *compliance* como «*el resultado de que una organización cumpla con sus obligaciones, y se hace sostenible introduciéndola en la cultura de la organización y en el comportamiento y en la actitud de las personas que trabajan en ella*», dando margen por ende, a lineamientos que como se verá más adelante, permiten por un lado, la estructuración de los *compliance*, y por otro, contribuir a su estandarización internacional en aras de luchar contra la corrupción transnacional.

Ecuador, por política gubernamental a través del Servicio Ecuatoriano de Normalización (INEN), ha adoptado determinadas normas estandarizadas. Sin embargo, en la materia que nos compete, asoman la ISO 19.600 para la gestión del *compliance* y la ISO 37.001 de sistema de gestión anti soborno, incorporada esta última a través del Registro Oficial N° 46 de 31 de julio de 2017⁵⁶⁸, y progresivamente se está a la espera de la nueva norma ISO, que

⁵⁶⁶ Las aspiraciones del ejecutivo al respecto radican en la necesidad de contar con una «*autorregulación controlada o regulada*» como mecanismo eficaz para armonizar normas, instituciones, agentes y operaciones en el mercado bursátil. A esa autorregulación controlada se la entiende «*como la atribución de las bolsas de valores y otros colectivos organizados, para normarse y controlarse a sí mismos como a las instituciones y agentes que participan en el mercado, siempre en el marco de la regulación general establecida por los organismos competentes, reduciendo prudentemente el tutelaje estatal. De alguna forma, la autorregulación es un mecanismo de interés público complementario al control estatal, que promueve libertad, iniciativa y cercanía con la cultura de nuestra realidad; que reconoce la capacidad de establecer ciertos principios y normas de conducta que conforman un esquema de reglas técnicas y operativas aceptadas y consensuadas por los agentes del mercado, teniendo como contrapeso un patrón riguroso de responsabilidades, principios éticos, eficiencia, buen gobierno corporativo y régimen sancionatorio, asegurando un sano equilibrio entre libertad y responsabilidad*», disponible en: <https://www.eluniverso.com/opinion/2018/06/09/nota/6800069/retomar-autorregulacion-controlada>

⁵⁶⁷ Por todos Vid. VELASCO CARRETERO, M., *Compliance penal. Menos pret-a-porter y más traje a medida*, ICB, S.L., Málaga, 2018, el autor ha afirmado que se vienen ofreciendo servicios de elaboración de programas de cumplimiento menoscabando el concepto de *compliance*, y de la originaria idea de *traje a la medida*, se ha pasado a una «*prostitución del concepto*»

⁵⁶⁸ En una publicación del Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO), se da cuenta de que Ecuador a través del INEN, lideró el proceso de coordinación y con otros países de la región lideraron la traducción oficial de las ISO 37.001. MIPRO,

con mayor amplitud que las dos anteriores, permita abordar la gestión de riesgos legales en las organizaciones ecuatorianas y en aquellas extranjeras que ejercen sus actividades bajo la jurisdicción ecuatoriana. Además, bajo la denominación ISO 31.022, se está a la espera en Ecuador de la Guía para la gestión de los riesgos legales, o Directrices para la Gestión del Riesgo Jurídico.

Lo indicado permite señalar que, pese a que en la actualidad el ejercicio de la autorregulación regulada en Ecuador a través del *compliance* no cuenta con un desarrollo direccionado, en el sentido de que se puedan articular las ISO 19.600, 37.001 y UNE 19.601 con una regulación penal, sin embargo, el camino parece que está trazado en esta materia. Y aunque por ahora su articulación resulte complicada, se espera al menos contar pronto con una normalización interna que permita articularse con esa trilogía ISO 19.600, 37.001 e ISO 31.022, en aras a que, como ocurre en Francia (en donde pese a no tener regulación expresa del *compliance* en el ámbito penal), le permita a los tribunales ecuatorianos considerar cuestiones de autorregulación y regulación regulada en las empresas de cara a valorarlas para un posible sobreseimiento o para una sentencia absolutoria, y esto de cara también a ir pensado en una futura labor reformativa como eximente de RPPJ.

En conclusión, el presupuesto de esa *autorregulación regulada* va a permitir una suerte de «*corregulación entre las prácticas empresariales y los parámetros de cumplimiento normativo comunicados por las autoridades públicas*»⁵⁶⁹, la que a su vez, permitirá, en la medida que las empresas la adopten con la responsabilidad del caso, superar o al menos reducir la cuestionada brecha surgida como consecuencia de la incapacidad de control estatal en la relación Estado-empresa; dicho en otras palabras, la autorregulación regulada a través del *compliance* permitirá que el debido control se incardine en las empresas de cara a la prevención y detección de delitos, pero también, para atenuar o eximir las consecuencias penales que conlleva la RPPJ.

«Ecuador implementa norma técnica relacionada a sistemas de gestión antisoborno», disponible en: www.compliancenoticias.com

⁵⁶⁹ SAAD-DINIZ, E., «Brasil vs. Goliath: Los 30 años de la responsabilidad penal de la persona jurídica y las nuevas tendencias en *compliance*», en AA.VV., L.M. Reyna Alfaro (dir.), I. Coca Vila, A. Uribe Manríquez (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, Ideas Solución Editorial S.A.C, Lima, 2018, pp. 545-579.

II. El *Compliance* frente a la regulación ecuatoriana de la responsabilidad penal de la persona jurídica

1.- Planteamiento

Ante la asunción jurídico-penal de la RPPJ en Ecuador, no se debe dejar de lado la discusión respecto de la influencia y utilidad de los programas de cumplimiento, ya que como se ha venido sosteniendo, si las sanciones que se les imponen a las personas jurídicas son consecuencia de su actuación defectuosa por el hecho de haber incumplido sus deberes o por haber cometido delitos⁵⁷⁰, se hace necesario dotarles de mecanismos penales que le permitan no sólo mitigar sino también eximir esas consecuencias consideradas por la doctrina como graves, determinar el riesgo permitido en la actuación penal de la persona jurídica⁵⁷¹ y, por ende, asegurar el cumplimiento de la legalidad en el ejercicio de las actividades empresariales⁵⁷². Además, dado que a nivel dogmático se viene discutiendo, entre otras cuestiones de RPPJ, la problemática de la culpabilidad de cara a justificar la punibilidad de una persona jurídica, el *compliance* merece necesario abordaje con miras a contribuir desde la academia a esa discusión.

Por otro lado, y como se ha venido sosteniendo *supra*, el *compliance* en Ecuador tiene en unos casos finalidades reputacionales, en otros, asoman con cierto carácter de obligatoriedad en determinadas actividades sensibles como el medio ambiente, en actividades riesgosas relacionadas con operaciones financieras y, en cierta medida, con fines de seguridad en el ámbito laboral. Y con las reformas operadas al COIP en el año 2021 que introducen al *compliance* solamente como atenuante, su naturaleza eximente de RPPJ por ahora es nula.

En ese panorama local, la doctrina ecuatoriana que sobre *compliance* penal se ha pronunciado, lo ha hecho en unos casos apuntando a su necesidad *de lege ferenda*, respecto de su estructuración como programa de cumplimiento, en la medida en que sirva únicamente como eximente y atenuante de RPPJ⁵⁷³, y en otros, asumiendo una posibilidad interpretativa

⁵⁷⁰ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., «Una “nueva” línea de intervención penal: El Derecho penal de las personas jurídicas», en AA.VV., A. Messuti, J. A. Sanpedro Arrubla (comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Ed. Universidad Buenos Aires, 2001, pp. 65-80.

⁵⁷¹ Vid. GARCÍA CAVERO, P., «Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista de estudio de la justicia*, núm. 16, 2012, pp. 55-74.

⁵⁷² Vid. GARCÍA CAVERO, P., «Compliance y lavado de activos», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, OLejnik, Santiago de Chile, 2018, pp. 155-164.

⁵⁷³ Así por ejemplo, antes de la reforma de 2021, PACHECO, M., «Revisiones procesales para un *compliance* basado en el modelo de responsabilidad penal en el Ecuador», *Cap. Jurídica Central*, núm. 5, 2019, pp. 181-216, p. 184, señalaba que es objetivo del *compliance* eximir y atenuar la RPPJ, y en este sentido señala que estaría orientado a legitimar la relación «entre la capacidad autorregulatoria privada y la potestad estatal de control corporativo». Parece que lo que se pretende con esta idea es asumir al *compliance* por un lado, como instrumento preventivo –de autorregulación– y por otro, instrumento judicial en sede procedimental, pero siempre para los objetivos atenuantes y eximentes.

de *lege lata* en ese mismo sentido (eximente o atenuante)⁵⁷⁴. Pero, pese a que no exista regulación expresa como eximente⁵⁷⁵, podría ocurrir que en un enjuiciamiento penal la defensa de la persona jurídica lo alegue y lo acredite en las diferentes etapas del proceso penal al amparo del principio de libertad probatoria (art. 454.4 COIP)⁵⁷⁶, y no necesariamente para eximir la RPPJ.

Lo planteado ubica el análisis de la cuestión en dos frentes: por un lado, aunque con menor sustento y procedencia, la posibilidad de que el *compliance* sea alegado y acreditado por la defensa de la persona jurídica de cara a obtener beneficio eximente (hasta ahora no previsto en el COIP), a la luz de un pretendido trato igualitario y equitativo procedimental y de respeto a las garantías básicas del debido proceso de la persona jurídica procesada, y como se verá brevemente, al amparo de una interpretación penal holística. Por otro lado, con la posibilidad de que sea alegado como mecanismo de defensa, aunque no necesariamente como *compliance program* sino como actividad *compliance* puntual, esta vez, no para que se la exima de responsabilidad penal sino para que no se la vincule al proceso penal, o para que se dicte respecto de ella sobreseimiento, o que en su caso, se dicte a su favor una sentencia absolutoria. Es decir, en el primer caso para que se exima la RPPJ y, en el segundo, como herramienta defensiva tendiente a buscar la absolución de la entidad.

Las posibilidades advertidas son de necesaria reflexión, toda vez que si, por un lado, se afirma que la vigencia del principio de culpabilidad y de individualidad de las penas exigen la observancia de una responsabilidad por el hecho propio⁵⁷⁷; y, por otro, se quiere respetar las garantías básicas del debido proceso, habrá entonces que permitirle a la persona jurídica procesada en ejercicio del derecho a la defensa –y no negarle de plano–, que como estrategia defensiva pueda hacer uso en ejercicio de la citada libertad probatoria, de la prueba de alguna actividad o *efecto compliance*. Es decir, la discusión gira en torno a la posibilidad interpretativa de *compliance* como eximente, y a la posibilidad de la actividad o efecto *compliance* como estrategia defensiva no eximente de la RPPJ.

A la luz de lo planteado, este epígrafe tiene como objetivo –además del análisis de las dos posibilidades señaladas en el párrafo anterior–, la reflexión de cuestiones como la naturaleza

⁵⁷⁴ En este sentido, se afirmaba antes de la reforma que pese a que al *compliance* no se lo regule expresamente, en la práctica cabe la posibilidad de que se lo puede acreditar como atenuante o eximente.

⁵⁷⁵ El COIP no menciona expresamente a los modelos de organización o programas de cumplimiento como lo hacen en la actualidad los Códigos penales de España, Chile, Argentina, México y Perú por ejemplo, para efectos eximentes.

⁵⁷⁶ Se trata de un principio de la prueba que permite probar por cualquier medio legítimo –es decir que no sea contrario a los instrumentos internacionales de derechos humanos y otros los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, a la Constitución, así como a otras normas jurídicas– todos los hechos y circunstancias del caso sujeto a litigio penal.

⁵⁷⁷ Esto además por cuanto como afirma parte de la doctrina local, en el caos ecuatoriano de RPPJ se estaría frente a un sistema de responsabilidad por defecto de organización, véase en este sentido entre otros a ZAVALA EGAS, J., «Responsabilidad penal de», cit., p. 22; a no ser que como alguno sostiene, la intención del legislador haya sido responsabilizar a las personas jurídicas no por su defectuosa organización sino objetivamente, esto es, por el actuar de sus integrantes, vid. PÁEZ BIMOS, P., «La ausencia del defecto de organización en el sistema penal ecuatoriano», disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional/la-ausencia-del-defecto-de-organizacion-en-el-sistema-penal-ecuatoriano-2017-08-14/>

jurídica tradicional que persigue el *compliance*⁵⁷⁸ y culpabilidad; la necesidad de *lege ferenda* de la regulación de compliance como eximente; las posibles exigencias regulatorias del *compliance*, ya sea por vía administrativa o por vía penal; entre otros. Todo ello de cara a establecer el estado de la cuestión del *compliance* en Ecuador a la luz de la regulación local de la RPPJ, y en lo posible, poder encontrar una respuesta a la gran interrogante ¿qué motivos le llevaron al legislador en un inicio cuando introdujo la RPPJ, a omitir la regulación expresa de los programas de cumplimiento en el COIP como atenuante y eximente? Luego, con las reformas 2021 ¿Por qué solamente los regula como atenuantes y no como eximente de RPPJ?

2.- Omisión regulatoria del *compliance* con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el COIP

Como mecanismo regulatorio expreso para eximir o atenuar la RPPJ, el legislador ecuatoriano no incorporó los programas de cumplimiento con la introducción de la RPPJ en el COIP en 2014. Empero, Ecuador no es el único país que inicialmente no reguló expresamente al *Compliance* dentro de la RPPJ. Otros Estados como Francia, por ejemplo, tampoco lo hacen, y sin embargo sus Cortes dentro de los procesos le han puesto atención a la forma como se han venido autorregulando las empresas⁵⁷⁹ a través de *compliance*.

Si se pretende un modelo de autorregulación en el que el defecto de organización sea el fundamento de la RPPJ y, por ende, sea necesaria su acreditación en el injusto, la advertida omisión regulatoria inicial resulta cuestionable bajo todo punto de vista. Pues, por un lado, se le está privando de una herramienta que conforme ha advertido la experiencia comparada, permite que las empresas se organicen de forma correcta y, a su vez, les permitirá alegar en su favor la correcta organización de cara a eximir su responsabilidad penal; y por otro lado, en caso de que teniéndolo implementado no sea lo suficientemente eficaz o presente algún defecto, pueda servir al menos, como atenuante de responsabilidad penal.

La omisión regulatoria ubica la discusión frente a un necesario planteamiento de cara a entender los motivos por los que el legislador optó por esta realidad. Así, por un lado, cabe reflexionar si se trató de una omisión no premeditada y producida por una aplicación incorrecta o deficiente fraguada a luz del Derecho comparado, concretamente influenciada por la regulación española de RPPJ del año 2010; y por otro lado, si acaso siendo

⁵⁷⁸ Esto es, como «causa de justificación específica de tipicidad o de una causa legal de no exigibilidad de otra conducta, a analizar en el ámbito de la culpabilidad» AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Compliance Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.

⁵⁷⁹ Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, C. «Tomarse la responsabilidad», cit., p. 89.

premeditada se optó por la influencia de sistemas de RPPJ donde no se los regula expresamente, como por ejemplo, Alemania o Francia.

Así, el primer caso tiene que ver con la incorporación del texto legal de la RPPJ en el Ecuador, cuya redacción contiene rasgos de la primera regulación española incorporada mediante LO 5/2010 de 22 de junio, que no regula de forma expresa los programas de cumplimiento como eximente de RPPJ. En efecto, en el caso español no asoma expresamente el *compliance* como eximente de RPPJ, no obstante de que con la entrada en vigencia de la indicada ley ya se advertía su necesidad preventiva⁵⁸⁰. Algún sector de la doctrina española veía en la reforma de 2010 la posibilidad no sólo atenuante sino también eximente del *compliance*⁵⁸¹. De todas formas su regulación eximente no era expresa.

La introducción de la RPPJ en el sistema penal ecuatoriano se dio en agosto del año 2014, con la puesta en vigencia del COIP que empezó a debatirse dos años atrás. Es decir que desde 2012, ya «*deambulaba*» en el debate legislativo ecuatoriano la RPPJ, apenas dos años después de la introducción en España de la RPPJ de 2010. Luego, la influencia regulatoria española que observan los arts. 49, 50 y 71 es notoria, al punto que ciertos pasajes conservan la literalidad de la regulación ibérica, como se ha advertido en otro lugar de este trabajo. Este argumento permite sugerir la siguiente hipótesis: como la regulación de RPPJ de España introducida en la reforma al CP de 2010 no contemplaba de forma expresa a los programas cumplimiento o de prevención como eximentes de RPPJ, el legislador ecuatoriano, influenciado quizás por aquélla (y esto por cuanto, como se ha indicado, las redacciones son similares en ambos casos), tampoco los reguló expresamente.

Sin embargo, de ser positiva la hipótesis advertida, no se encuentra por esta vía comparativa justificativos locales para que el legislador ecuatoriano no haya incorporado inicialmente al *compliance* en el COIP, al menos como atenuante como lo hizo la reforma española de 2010 en el art. 31 bis.4 del CP⁵⁸², que se refería a esta posibilidad, cuando antes del juicio oral se hayan establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse en el seno de la entidad.

⁵⁸⁰ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, Aranzadi SA., Cizur Menor, 2011.

⁵⁸¹ No obstante, aunque no existía referencia expresa al *compliance* como eximente, a decir de algunos, se preveía la posibilidad de eximir esa responsabilidad penal cuando en la redacción primaria del art. 31 bis.1, se exigía para no responsabilizar «*el debido control atendiendo a las circunstancias del caso*» –De una lectura al art. 31 bis.1 del Código Penal de España que regulaba la responsabilidad penal de la persona jurídica en ese país, se encontraba una eximente implícita, cuando la norma establecía la comisión delictiva a cargo de quienes bajo el sometimiento de ciertos funcionarios de una persona jurídica «*por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso*»–. En esencia, la citada norma como afirma GÓMEZ TOMILLO, deducía que en caso de verificarse ex ante, un control debido mediante un *compliance* adecuado, por ausencia del defecto organizativo se debía eximir la responsabilidad penal por falta de «*culpabilidad social*», *Compliance penal y política legislativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 25; aunque también se preveía la figura de «*medidas eficaces*» de prevención y descubrimientos de delitos siempre que se establezcan después de la comisión y antes que comience el juicio oral, por parte de los directivo o de su representante legal. Y, aunque esa redacción, como lo advertía el mismo autor, presentaba inconvenientes cuando el delito no era cometido por los subordinados sino por los directivos sin que se pueda aplicar a éstos últimos más que simple atenuante conforme al art. 31 bis 4 c), no obstante era discutible su asunción en la jurisprudencia.

⁵⁸² En su naturaleza atenuante el *compliance* asoma recién en Ecuador con las reformas de 2021.

Finalmente, en ese escenario de cotejo entre la regulación española y ecuatoriana, ha de indicarse que la primera, con la reforma de 2015, al introducir de forma expresa los programas de cumplimiento como atenuantes y como eximentes de la RPPJ, deja en la actualidad a Ecuador huérfano de regulación expresa de *compliance*⁵⁸³ en su naturaleza eximente (sólo se lo regula como atenuante), no pudiendo por ahora, encontrarse motivos en esta premisa comparativa para justificar esa ausencia regulatoria.

Luego, en el segundo caso corresponde abordar, aunque brevemente, la posibilidad de una omisión regulatoria con pretensiones similares a la omisión alemana o a la francesa (aunque esto únicamente para fines explicativos, ya que Alemania no contempla la RPPJ, y la francesa contempla un sistema de imputación por heterorresponsabilidad). En efecto, el sistema alemán de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, no contempla norma expresa que regule los programas de cumplimiento, sin embargo, el OWiG a la hora de individualizar la sanción toma en consideración planes de prevención que tienen que ver con los deberes de supervisión y cuidado⁵⁸⁴. Cuestión ésta que no se puede verificar en el ordenamiento penal ecuatoriano, por lo que, pretender encontrar justificativos de omisión regulatoria en cotejo con el sistema alemán, resulta incorrecto y por ende desacertado.

En Francia, pese a que en principio no se contemple expresamente al *compliance* como una figura penal atenuante o eximente de RPPJ; sin embargo, como se advirtió *supra*, los Tribunales franceses vienen observando el cumplimiento normativo de las empresas. Habrá que ver si ello sucede en los Tribunales ecuatorianos. Luego, con la puesta en vigencia en Francia de la Ley «*Sapin II*» o Ley n° 2016-1691 de 9 de diciembre de 2016, asoma el *compliance* como exigencia preventiva empresarial⁵⁸⁵ para delitos de corrupción y tráfico de influencias. Esta regulación contempla la obligatoriedad a las empresas de implementar sistemas de gestión de cumplimiento como parte de políticas o lucha contra la corrupción⁵⁸⁶. Por lo tanto, si las Cortes o Tribunales ecuatorianos comienzan a observar cuestiones de

⁵⁸³ Lo advertido genera incertidumbre, porque Ecuador al igual que España observa una regulación que visualizaría un posible sistema de «*doble autoría*» de los hechos que se imputan a una persona jurídica –administradores, directores, propietarios y otros–. Ello a tenor de la regulación del primer párrafo del art.49 del COIP, el que –al igual que el anterior arts. 31 bis del CP de España– genera dudas, en el sentido de que se puede sospechar que la defectuosa organización solamente sea presupuesto de RPPJ en los casos de esa segunda autoría, cuando indica que los delitos atribuibles a la persona jurídica sean cometidos por personas que actúen bajo órdenes o indicaciones de las personas físicas citadas. Frente a esto último, se ha de tomar postura en el sentido de que esa organización defectuosa debe no solamente ser presupuesto de RPPJ en estos casos, sino también en los casos de los delitos cometidos por las demás personas indicadas en el art. 49. De este modo, el *compliance* permite eximir o atenuar la RPPJ no solamente por los delitos cometidos por el personal de la «*segunda vía*» como consecuencia de la falta de control, sino también por los actos cometidos por aquellos enlistados en el art. 49 inciso primero, pues, éstos también actuarían en el seno de una defectuosa organización, y así el *compliance* se erigiría como un instrumento que íntegramente permita no sólo atenuar como en la actualidad sino también eximir la RPPJ, lo contraría sería –al menos en el caso ecuatoriano– generar más incertidumbre respecto de la que hasta ahora existe, amén de la afectación al principio de culpabilidad y al debido proceso –derecho a la defensa– de la persona jurídica.

⁵⁸⁴ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «Compliance y Derecho», cit., p. 104.

⁵⁸⁵ Siempre que la empresa cuente con más de 500 trabajadores –o pertenecer a un grupo de empresas cuya matriz tenga su sede en Francia y cuya plantilla incluya al menos 500 empleados– que facturen montos superiores a 100 millones de euros.

⁵⁸⁶ Véase un análisis más a fondo en ESPARZA LEIBAR, I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el rol del *corporate compliance* en el ordenamiento francés. Un interesante ejemplo de la lucha contra la corrupción», en AA.VV., J. L. Gómez Colomer (dir.), C. M. Madrid Boquín (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de organización de Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1403-1427.

cumplimiento normativo en las empresas a la hora de abordar procesos de RPPJ, tendría sentido pretender encontrar un justificativo al silencio expreso del legislador ecuatoriano en similitud o cotejo a la ausencia regulatoria expresa del *compliance* en el Código penal francés. Luego, la «Sapin II» en Francia refuerza la figura del cumplimiento normativo, situación que en Ecuador no se observaba desde que se introdujo por primera vez la RPPJ, ni ahora con las reformas de 2021 que introducen al *compliance* como atenuante. Además, la ausencia regulatoria expresa del *compliance* en el modelo francés tiene sentido, dado a la finalidad vicaria de la RPPJ (se responsabiliza a la persona jurídica por los actos de la persona física), pues, Francia observa un modelo de imputación de RPPJ por heterorresponsabilidad⁵⁸⁷; en tanto que Ecuador pregona o al menos debe pregonar, en atención al principio de culpabilidad, un modelo de imputación de RPPJ por autorresponsabilidad, por lo que, la omisión del *compliance* como eximente resulta chocante con el sistema de justicia penal local.

Por otro lado, si las dos cuestiones reflexionadas resultan incompatibles o insuficientes para pretender explicar el silencio regulatorio ecuatoriano del *compliance* como eximente ¿cuál es entonces la verdadera intención del legislador ecuatoriano?

Frente a la interrogante planteada, se ha de indicar que, descartando pretensiones vicariales por los motivos ampliamente expuestos en el capítulo anterior, puede que la intención del legislador sea la de asumir el sub modelo de autorresponsabilidad por defecto de organización en el que el «*hecho de referencia*» sea determinante, y sin cuya verificación sea imposible establecer la RPPJ –como el cuestionado modelo de TIEDEMANN–. De ser así, entonces, tiene sentido la inicial ausencia del atenuantes y de eximentes de RPPJ así como la actual ausencia únicamente eximente y, por ende, la ausencia de la figura del *compliance penal* (también inicialmente como atenuante y eximente, y posteriormente y en la actualidad, su ausencia sólo como eximente). En tal advertencia, el presupuesto de defectuosa organización resulta inexigible para la RPPJ y consecuentemente, los programas de cumplimiento cumplirían un papel o rol bastante limitado⁵⁸⁸, de ahí su no regulación. No obstante, esta cuestión presenta serias dudas en el respeto al principio de culpabilidad. De ahí que, de ser ésta la intención legislativa, se corre el riesgo de caer en un sistema objetivo de atribución de RPPJ, ya que si, pese a que se proclame la independencia y la autonomía, luego el defecto de organización queda en entredicho como fundamento de la RPPJ, en la medida que no se lo pueda acreditar o desacreditar en el injusto para efectos de establecer

⁵⁸⁷ Cfr. ANTICH SOLES, J., *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, J. Baucells i LLadó (dir.), Tesis Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2017.

⁵⁸⁸ Vid. PALMA HERRERA, J., «El papel de los compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AA.VV., J. M. Palma Herrera (dir.), I. González Tapia (coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson S.L., Madrid, 2014, pp. 154-231.

la culpabilidad, o de eximir la RPPJ; y si en todo caso, se argumenta lo contrario, choca con esas aspiraciones la no regulación de los programas de cumplimiento.

Como ya se ha advertido, los arts. 49 y 50 junto con el 71 son los que regulan en la parte sustantiva del COIP la RPPJ. En el primero de ellos, se sientan los lineamientos penales de la RPPJ, pudiéndose evidenciar que se estaría ante la consideración de una organización empresarial defectuosa, en el sentido de que se responsabiliza también a la persona jurídica por los delitos cometidos por el personal de menor jerarquía, cuando en la citada norma se atribuye también responsabilidad penal a las personas jurídicas en general, por todos aquellos que actuando bajo órdenes o indicaciones de las personas de la «*primera línea*», cometan delitos al amparo de los presupuestos del art. 49.

En modelos de autorresponsabilidad por defecto de organización, suele ser, precisamente esa organización defectuosa la que sostiene su vigencia. Pero, también es cierto que ese modelo choca con una dura realidad: la ausencia regulatoria de los programas de cumplimiento. Esto ha permitido que su asunción se torne cuestionable y, por ende, se dé paso a consideraciones de otros modelos como el vicarial o el mixto advertidos en el capítulo anterior de este trabajo.

De su lado, el tercer inciso del art. 49 del COIP contiene la única regla de exclusión de RPPJ, que según el propio texto de la ley, ocurre cuando el delito es cometido por las personas físicas de la propia entidad en beneficio de un tercero ajeno. La inicial regulación no contenía referencia al *compliance*, pese a que como se ha indicado, vislumbra una defectuosa organización empresarial, y una eximente –en el tercer inciso art. 49– que únicamente tiene que ver con el beneficio de terceros. Y es que, la alusión a los dos pasajes normativos citados, resulta determinante para efectos de plantearse el debate del *compliance* como premisa regulatoria negativa y punto de partida de su necesidad acreditativa eximente.

Luego, el art. 50 que regula cuestiones de concurrencia de responsabilidades y responsabilidad continuada o sucesiva permite ir perfilando una posibilidad de una actividad *compliance*: la debida diligencia. Pero nada dice de forma expresa respecto del *compliance* como eximente de RPPJ; como tampoco lo hace el art. 71, que regula únicamente las penas específicas aplicables a las personas jurídicas.

Lo advertido, sugiere la necesaria reflexión local respecto de la figura del *compliance*, en aras a su tratamiento cuando se enjuicie a una persona jurídica. Tomando como premisa o punto de partida la ausencia regulatoria en su naturaleza eximente, y justificadas las necesidades de autorregulación regulada de las empresas privadas como entidades influyentes en la economía y en el sector social ecuatoriano, así como la necesidad de observar respecto de

aquellas el debido proceso y otros derechos fundamentales, corresponde reflexionar una doble posibilidad en cuanto a la eficacia del *compliance*.

2.1.- El *compliance* como atenuante o eximente de la RPPJ en Ecuador ¿una posibilidad realizable de *lege lata* en la regulación inicial?

La posibilidad de que el *compliance* pueda tener relevancia en el ordenamiento penal ecuatoriano en la determinación de la RPPJ, pese a resultar cuestionable, merece reflexión. Pues, hay que agotar el debate y clarificar posturas que muy parcamente sostienen que, pese a que el COIP inicialmente no regule expresamente a los programas de cumplimiento, es posible su acreditación en materia de RPPJ. Y ello porque, aunque se pretenda su acreditación penal por ejercicio de la defensa y vigencia del principio de culpabilidad, entre otros; sin embargo, no se han agotado argumentos de fondo que refuercen esta sugerencia. No obstante, de que así fuere, al final de todo cabe cuestionarse: y si de todas formas el ordenamiento jurídico permite acreditarlos y probarlos como eximente ¿cuál sería su utilidad o beneficio jurídico para la persona jurídica?

A continuación se esgrimirán argumentos legales tendientes a justificar la posibilidad de una acreditación del *compliance* en un proceso penal contra la persona jurídica. Para este cometido ha de acudirse a las reglas de interpretación indicadas en el art. 13 del COIP, a la luz de las que se tratará de buscar una «*fisura*» por donde posibilitar la acreditación del *compliance*, y por ende, justificarlo.

Así, de las tres reglas que señala la norma, la interpretación literal del numeral 2 impediría a todas luces la aplicación del *compliance* como eximente en la regulación actual, esto por obvias razones propias de esa clase de interpretación. Luego, la prohibición de la analogía *in malam partem*⁵⁸⁹ de la regla 3, podría prever una posibilidad en los casos *in bonam partem*, siempre que la jurisprudencia dé los primeros pasos, caso contrario, se estará condenando a la imposibilidad aplicativa también por esta vía.

Por su parte, del numeral 1 del citado artículo se desprende una interpretación constitucional, convencional u holística, que merece especial atención para los propósitos aquí planteados. Y es que, según esta norma, la interpretación se la realiza en sentido que más se ajuste de manera integral a la CRE y a los instrumentos o tratados internacionales de derechos humanos, sentando así una primera opción interpretativa: la del respeto a los derechos consagrados en la Constitución. Ahora bien, si es así, el art. 76.7 de la CRE al establecer el

⁵⁸⁹ Prohibida siempre por reglas como la 3 del art. 13 en materia penal. Véase en este sentido a GUASTINI, R., «Interpretación y construcción jurídica», *Isonomía*, núm. 43, 2015, pp. 11-48.

derecho a la defensa como garantía básica del debido proceso, en la letra h) garantiza el derecho a presentar pruebas y a contradecir aquellas que se presenten en su contra. Este principio que se encuentra desarrollado también en el numeral 13 del art. 5 del COIP, da la posibilidad –pienso yo– a que por esta vía interpretativa se dé cabida a la acreditación del *compliance* como eximente, sobre todo, en amparo al principio de libertad probatoria señalado en el art. 454.4 del COIP, según el que, tanto los hechos como las circunstancias del caso se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la CRE, ni al derecho convencional ratificado por Ecuador.

Sería entonces a la luz de éste argumento, por el que, pese a la ausencia de regulación expresa, se encuentre el sustento legal para acreditar un *compliance* en su naturaleza eximente dentro de un proceso penal contra la persona jurídica en el sistema ecuatoriano. Y es que, no se trata de una idea antojadiza, pues, existen además sobrados argumentos que sugieren la necesidad de esa acreditación si se quiere un trato procesal justo a la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal⁵⁹⁰.

Ahora bien, una cosa es que bajo los argumentos esgrimidos se pueda acreditar y probar un *compliance* penal en Ecuador, y otra diferente, que este instrumento exima la RPPJ, lo que a todas luces resulta imposible. De ahí que, entonces, por ahora, el argumento planteado resulta estéril el propósito eximente de RPPJ. Por lo que, respondiendo a la interrogante planteada, de ser factible la acreditación y prueba del *compliance*, no le reportaría beneficios eximentes a la persona jurídica en Ecuador.

Pero el argumento aquí señalado –pienso yo– rescata algo positivo, a partir del cual hay que considerar *de lege lata*, la posibilidad de la actividad *compliance* como mecanismo de defensa absoluta y no necesariamente eximente de RPPJ – de ausencia de tipicidad–, como se verá *infra*.

2.2.- El *Compliance* ¿línea de defensa de la persona jurídica en Ecuador?

Puede que el advertido silencio del legislador ecuatoriano respecto de la no regulación expresa del *compliance* como eximente, tenga una finalidad distinta a la tradicional, y en cuyo caso, pueda ser alegado, acreditado y probado en el proceso penal para sostener una línea de defensa de cara a buscar una no imputación en la investigación previa, una no formulación de cargos, una declaratoria de sobreseimiento, o inclusive, una ratificación de inocencia de

⁵⁹⁰ Se viene escuchando en seminarios, congresos, simposios, jornadas, ponencias, disertaciones y eventos académicos públicos similares, que una vez responsabilizada penalmente la persona jurídica, era necesario también, dotarle de mecanismos exculpatorios y atenuantes expresas que posibilite su trato procesal penal igualitario respecto del de las personas naturales, para evitar precisamente, complicaciones como la advertida, sin embargo, en Ecuador hasta ahora el panorama es de escepticismo.

la persona jurídica en la audiencia de juicio. De ser así, los efectos jurídicos eximentes del *compliance* en Ecuador, excepto los atenuantes⁵⁹¹, serían distintos de los que tradicionalmente vienen observando las legislaciones que lo regulan expresamente.

Para reflexionar la posibilidad advertida, es necesario ubicarse en el escenario procedimental ecuatoriano. En este sentido, y para efectos de desarrollar esta idea, aquí se centrará la reflexión únicamente en el procedimiento ordinario (aunque podría perfectamente ser viable también en el procedimiento directo).

El procedimiento ordinario conforme al COIP tiene tres etapas: instrucción, evaluatoria y preparatoria; y, juicio. Los plazos de la instrucción van a depender de si se trate o no de un delito flagrante. En caso de delitos no flagrantes, además de las tres etapas indicadas, asoma una fase pre procesal denominada investigación previa. Entonces frente a estos escenarios procesales, el *compliance* irá jugando un rol determinante a la hora de ser acreditado como mecanismo de defensa de la persona jurídica.

Así, en aquellos procesos que se inician con investigación previa, toda vez que ésta tiene como finalidad la búsqueda o recaudo de elementos de convicción de cargo y de descargo (art. 580 COIP), la defensa del procesado puede acreditar, por ejemplo, que su representada cuenta con un canal de denuncias eficaz, que inclusive le ha permitido poner a conocimiento de la propia fiscalía o de la policía la infracción penal que se está investigando. De evidenciarse lo alegado por la defensa, bien puede el fiscal considerar que la persona jurídica ha actuado de forma responsable y que se ha autorregulado bien, por ende, concluir que no existen elementos de convicción para respecto de la persona jurídica investigada iniciar un proceso penal⁵⁹². Es decir, que por haber obrado la persona jurídica de forma diligente y haber detectado y puesto a conocimiento de fiscalía la comisión de un presunto delito atribuible, el fiscal puede inclinarse por una no formulación de cargos contra la persona jurídica⁵⁹³. De todas formas, la cuestión pasa por lo que para estos efectos ha de considerarse como «*elementos de convicción de descargo*».

En efecto, si la defensa de una entidad –y esto con independencia de que cuente o no con un canal de denuncias y todo un programa de cumplimiento– da a conocer a la fiscalía o a la policía que en su seno se ha cometido un delito atribuible a las personas jurídicas, y esa información es oportuna, y permite a fiscalía investigar y procesar penalmente a la persona o

⁵⁹¹ Aunque inicialmente, inclusive, estos efectos no estaban regulados en el COIP; pero luego, a partir de las reformas de 2021, se introduce en Ecuador el *compliance* en su naturaleza atenuante.

⁵⁹² Y no necesariamente cuando la persona jurídica lo alegue, sino en todos los casos que se investigue a una persona jurídica, pues, a la fiscalía le corresponde la carga de la prueba y la tarea investigativa al amparo de los principios de inocencia (art. 5.4 COIP) y de objetividad (art. 5.21 COIP), respectivamente.

⁵⁹³ Esta posibilidad puede ser factible a la luz del art. 580 del COIP, que establece que en la investigación previa el fiscal tiene el deber de reunir elementos de convicción de cargo y de descargo, que le permitan decidir si formula o no una imputación, en este caso contra la persona jurídica. De ahí que, si se presenta la advertida actividad *compliance*, bien puede el fiscal decidir bajo esta norma, no imputarle o formularle cargos a la entidad.

personas físicas involucradas, esta actuación de «descargo» debe ser considerada por el fiscal para plantarse seriamente la no formulación de cargos a la entidad. Luego, no obstante, habrá que distinguir entre una posible acusación exitosa y una futura abstención, empero, esta situación ya obedece a la capacidad de convicción que tengan los actos realizados por la persona jurídica a la hora de denunciar ilícitos; es decir, si los hechos denunciados o puestos a conocimiento del fiscal por parte de la persona jurídica propician claridad para una investigación exitosa, o si por el contrario, lo que se denuncia constituyen hechos ambiguos, oscuros, que buscan simplemente evadir una presunta responsabilidad de la entidad. En todo caso, en esta fase pre procesal bien puede ser acreditada una actividad material de *compliance*, quedando en potestad del fiscal valorar esa situación al amparo de la finalidad y de las reglas que persigue esta fase.

Por otro lado, si se trata de un delito flagrante o de un delito que no siendo flagrante ha superado la fase pre procesal de investigación previa, y en consecuencia, en uno y otro caso se ha iniciado instrucción fiscal, bien se puede en esta etapa acreditar como mecanismo de defensa algunos elementos materiales del *compliance*. Así, por ejemplo, considerando que esta etapa tiene como finalidad la determinación de los elementos de convicción de cargo y de descargo para que fiscalía pueda formular o no una acusación o un dictamen acusatorio contra el procesado, en caso de delito flagrante –donde no hay fase pre procesal de investigación– bien puede ser similar a lo indicada *supra* para los casos de no flagrancia, siempre que, apenas cometido el delito, sea la propia persona jurídica quien a través de su personal –guardias de seguridad, por ejemplo– detenga al infractor y llame a la policía para que ésta lo coloque a disposición de la respectiva autoridad competente. Luego, dado el plazo de 30 días que, conforme al COIP, dura la instrucción en estos casos, parece que lo más lógico sería que se instruya también a la persona jurídica, y durante esos plazos como descargo se analice la participación de la entidad en el descubrimiento del delito con todas sus implicaciones. Finalmente, si se logra establecer que la entidad fue quien detectó en debida y oportuna forma la comisión del delito, habría que analizarse qué grado de valía se atribuye a esa actuación de la entidad –sin que necesariamente esa información a pesar de ser útil y oportuna alcance directamente a excluir la tipicidad subjetiva–, y para ello habrá de observarse, además de los presupuestos sustantivos de los arts. 49 y 50, la teoría del delito, particularmente la tipicidad subjetiva. Esta situación se definirá en la Audiencia Evaluación y Preparatoria de Juicio de la etapa del mismo nombre.

En caso de delitos no flagrantes, es decir, en aquellos que han superado la fase pre procesal de investigación previa y el órgano acusador ha decidido formularle cargos, no obstante de que la entidad ha sido quien ha detectado y ha denunciado la comisión de un delito, no se ven reparos para que se refuerce esa línea de defensa y se alegue en la siguiente etapa

intermedia o de evaluación y preparatoria de juicio, la necesidad de que se dicte sobreseimiento de la persona jurídica⁵⁹⁴.

Empero, si de todas formas en uno u otro caso se llega a la etapa del juicio, aspectos materiales de *compliance* no verían reparos para que a la luz de la «*libertad probatoria*» puedan ser valorados de cara a lograr una absolución de la entidad. Reiterando eso sí, que en todos los casos se está frente a una posibilidad de estrategia de defensa de cara a lograr, primero una no vinculación a un proceso penal (fase de investigación previa), un sobreseimiento (etapas de instrucción y preparatoria de juicio), o una absolución o ratificación del estado de inocencia (etapa de juicio), y no de una acreditación como eximente de RPPJ, que como ya se ha dejado advertido, por ahora resulta estéril o improductiva.

Pero la situación no es del todo sencilla, queda luego la necesidad de reflexionar el interrogante que se desprende de la finalidad del *compliance*, en el sentido de que, si por ejemplo, pese a que la persona jurídica reaccione inmediatamente frente a un delito apresando al infractor para que no huya del lugar⁵⁹⁵, poniéndolo a orden de autoridad, denunciando el ilícito y, además, dando todas las facilidades para su esclarecimiento, empero ¿por no haber prevenido la comisión delictual debe ser también procesada y sancionada? Para abordar este interrogante hay que partir de dos objetivos del *compliance*: a) la conducta preventiva (esto *ex ante*), y b) la conducta reactiva eficaz o materialidad o ejercicio mismo de la actividad del *compliance* (en el momento mismo de la comisión). Estas situaciones en el caso ecuatoriano, en el que no existen lineamientos expresos de los programas de cumplimiento en los efectos eximentes, merecen cierta reflexión de cara a dar una respuesta a la interrogante planteada y, en cierto modo, a justificar o a dotar de fundamento a las posibilidades esgrimidas. De ahí que, a continuación se aborda brevemente cada uno de los objetivos apuntados.

2.2.1.- Finalidad preventiva del *compliance* en Ecuador

Sin pretender aquí agotar el discurso preventivo de los programas de cumplimiento y por ende, sin querer tampoco negar su valía preventiva, el análisis se ha de centrar en la cuestión regulatoria penal, en la que como se ha venido insistiendo, los programas de cumplimiento no tienen cabida expresa como eximente de RPPJ en el país.

⁵⁹⁴ Un trabajo respecto del sobreseimiento de la persona jurídica en el proceso penal en el caso español, asoma en NEIRA PENA, A., «La imputación de la personas jurídica», *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, 2011, pp. 595-613.

⁵⁹⁵ Respecto de la flagrancia en la persona jurídica, pese a no ser habitual, se la reflexiona con detenimiento en el capítulo III de este trabajo.

Con la premisa resaltada, ha de indicarse que por cuanto el COIP no contempla como delito la mera necesidad preventiva que deben observar las personas jurídicas, no podría hacerse una interpretación extensiva y analógica⁵⁹⁶ para efectos de que en aquellos casos, en los que como los de los ejemplos advertidos *supra*, una entidad habiendo detectado un delito atribuible y comunicando o denunciando ante una autoridad competente, y además que esa actuación permita que se pueda identificar plenamente a la o las personas físicas responsables, pero que por no tener planes de prevención, deba responder también penalmente. Es decir, no se debe sancionar porque la entidad no tenga establecidas políticas eficaces de prevención –la sanción es por la comisión de un delito atribuible en su beneficio–, lo contrario vulneraría el principio de legalidad y quizás la prohibición de interpretación analógica *in malam parte* proscrita en el art. 13.3 del COIP.

Ahora bien, de ser así, acaso ello ¿desnaturaliza la idea de defecto de organización como fundamento de la RPPJ? A mi juicio, no es que con esto el defecto de organización deje de ser fundamento de la RPPJ en Ecuador; sino que por el contrario, el fundamento se refuerza en el sentido que habrá que probárselo no formalmente ni ideológicamente –por sus fines preventivos–, sino materialmente. Es decir, no se trata de probar que una empresa cuenta con un programa eficaz de prevención, sino de probar que la persona jurídica con programa o sin programa de cumplimiento ha detectado (faceta reactiva) o ha minimizado la posibilidad de comisión (faceta preventiva) de un delito doloso o imprudente atribuible y le ha dado el tratamiento debido ante la autoridad competente.

La reflexión advertida merece otra reflexión que surge necesariamente de la siguiente cuestión: si en el seno de una persona jurídica defectuosamente organizada se comete un delito atribuible y ésta lo detecta y lo comunica o denuncia ante la autoridad competente, no obstante el delito se ha verificado y ha dañado ya a bienes jurídicos difusos como el medio ambiente o la salud pública, por ejemplo, ¿cómo debe reaccionar el sistema de RPPJ? En estos casos, conforme al ordenamiento penal ecuatoriano, habría que estarse frente a supuestos de imprudencia o culpa y de dolo, y dependiendo de esta situación, procesar penalmente de forma conjunta a la persona física y a la entidad, o en su caso únicamente a la persona física, cuando por ejemplo, el delito sea solamente culposo y no sea atribuible a la entidad. Pero, si dolosamente la persona física ha provocado un delito aprovechándose de la defectuosa organización también dolosa, el mero hecho de denunciar el delito que quizás ya le produjo un beneficio indirecto o directo, no debería ser valorado como prueba de cara a

⁵⁹⁶ El art. 13.3 del COIP, prohíbe la interpretación analógica en materia penal ya sea para crear delitos o contravenciones, para ampliar los límites de la aplicación de una pena o medida cautelar, así como para establecer excepciones o restricciones de derechos.

obtener sobreseimiento o absolución⁵⁹⁷. Habrá que observarse la situación particular de cada caso, para que el poder punitivo del Estado pueda intervenir oportuna, eficaz y adecuadamente observando todos los principios informadores del Derecho penal material y procesal que limitan la arbitrariedad punitiva. En la ruta indicada, esa denuncia y cooperación bien pueden servir no para sobreseer ni para absolver, pero si para que la entidad exija la aplicación a su favor de «*beneficios*» punitivos menos gravosos, propios de la cooperación eficaz, por ejemplo. Luego, si pese a haber dolosamente iniciado la comisión de un delito atribuible, la entidad se organizare defectuosamente a propósito y se arrepienta de su comisión, o inclusive lo impida deteniendo la producción del delito, nada impedirá que al amparo de la figura del desistimiento o arrepentimiento eficaz, se beneficie de la cláusula de exención de responsabilidad penal contenida en el art. 40 del COIP⁵⁹⁸.

Al hilo de lo anterior, y para diferenciar entre los propósitos absolutorios de una actividad *compliance* y los efectos de la cooperación eficaz y del desistimiento o arrepentimiento, se ha resaltar por un lado, que los efectos de la cooperación consisten en un beneficio reductor de la pena (at. 493 COIP), frente a los efectos de no imputación o absolución; y por otro lado, el desistimiento o arrepentimiento eficaz (art. 40 COIP), que permitirá a la persona jurídica quedar exenta de responsabilidad penal siempre que evite la consumación de un delito atribuible, desistiendo de la ejecución ya iniciada o impidiendo la producción del resultado, es decir, en este caso el delito no se ha producido aún y ha sido la persona jurídica quien se ha arrepentido o ha impedido que se ejecute, mientras que en la aplicación de la actividad *compliance* con efectos absolutorios el delito ya se ha ejecutado o consumado, y lo que hace la persona jurídica es solamente comunicar de su existencia, se trata en definitiva de un efecto reactivo de la actividad *compliance*. Como se nota, se trata de dos situaciones totalmente diferentes.

Como se puede observar, la finalidad preventiva del *compliance* no tiene efectos jurídicos para las personas jurídicas en Ecuador, ello en respeto a la legalidad y a la interpretación *in malam partem*, se habrá de estar al caso concreto y al amparo de los presupuestos o elementos subjetivos de la teoría del delito (falta de prevención y de organización dolosa,

⁵⁹⁷ En este supuesto se debe diferenciar una posible no imputación cuando la persona jurídica detecta un delito, lo neutraliza y lo denuncia ante las respectivas autoridades a pesar de que ya exista un bien jurídico afectado y un beneficio, pero su defectuosa organización no es dolosa, es decir, no se organizó dolosamente para delinquir; y casos como el planteado, en donde una entidad se organice dolosamente para cometer un delito de aquellos indicados *supra*, y luego que obtiene el beneficio, comunica la existencia del delito a las autoridades buscando una no imputación penal, en este último caso, esa actividad de denuncia no debe ser considerada para los propósitos advertidos de la naturaleza *compliance* –mecanismo de defensa absolutorio–. Por lo tanto, se ha de aclarar, que no se trata de considerar la naturaleza de los bienes jurídicos afectados ni el beneficio para que las actividades *compliance* surtan o no efectos absolutorios, sino que, se trata de analizar en sede de la tipicidad subjetiva el comportamiento de la entidad así como la naturaleza de la actividad *compliance*.

⁵⁹⁸ Según el art. 40 del COIP, cuando una persona –incluida la jurídica– voluntariamente evite la consumación de un delito tentado, ya sea porque ha desistido o porque ha impedido la producción del resultado. Art. 40. - Desistimiento y arrepentimiento. - Quedará exenta de responsabilidad penal por la infracción tentada, la persona que voluntariamente evita su consumación, al desistir de la ejecución ya iniciada o al impedir la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad por los actos ejecutados.

culposa o imprudente arts. 26 y 27 COIP). Tampoco el defecto de organización pierde vigencia, en la medida que es el fundamento de la responsabilidad y no el presupuesto de RPPJ. Es decir, se reprocha a la persona jurídica por la comisión de un delito atribuible por no haber hecho nada al momento de su comisión y no por su no prevención *ex ante* (excepto en este último caso, en los delitos donde la entidad ostente la posición de garante⁵⁹⁹ y como consecuencia de su omisión se verifique un delito atribuible).

2.2.2.- Finalidad material de la actividad de *compliance* en Ecuador

Cuestionada la finalidad penal preventiva como exigencia para no procesar ni penar a una persona jurídica, frente a casos en los que, como el del ejemplo analizado, una entidad ponga a conocimiento de la autoridad algún delito atribuible cometido en su seno, corresponde aquí analizar una posibilidad material de algún o algunos elementos de *compliance de lege lata*. En este sentido, bastaría que la entidad cumpla materialmente con el hecho de detectar y comunicar o denunciar la infracción antes de que el órgano acusador o cualquier otra persona o autoridad lo hagan. Y para el auxilio de este cometido, la entidad puede perfectamente haber tenido instaurado, bien un programa de cumplimiento, o al menos un buen canal de denuncias, aunque ni lo uno ni lo otro sea necesario probar, pues, no se valorará necesariamente la existencia formal del *compliance*⁶⁰⁰ o del canal de denuncias, sino el efecto material o la eficacia que con ellos o inclusive sin ellos, ha permitido a la justicia actuar luego del descubrimiento, detección y denuncia de un delito por parte de la entidad. En estos casos se estará frente a la materialidad eficaz de una actividad de un elemento básico del *compliance*, como es el canal de denuncias.

La eficacia material de la actividad de *compliance* advertida permitirá, no eximir la responsabilidad penal, pero sí obtener beneficios que le puede proporcionar por un lado, la cooperación eficaz, y además ejercitar una línea de defensa que permita, como se ha venido sosteniendo, ya sea una no vinculación al proceso, un sobreseimiento, o bien sea una sentencia absolutoria en base a una ausencia de tipicidad.

Ahora bien, continuando con el ejemplo analizado, para los efectos materiales y de eficacia, la comunicación que dé a conocer la entidad a la fiscalía o a las autoridades, no debe tratarse de una mera denuncia hecha por cualquiera de sus empleados, quizás disconformes con el

⁵⁹⁹ Al respecto el art. 28 del COIP que regula la omisión dolosa, señala que está en posición de garante «*la persona que tienen una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico*»; de ahí que, para determinar si una persona jurídica ostenta la posición de garante, se deba establecer si se encuentra frente a esa dos clases de obligaciones, y además, si el delito atribuible es de aquellos que forman parte de la categoría de los bienes jurídicos indicados en esta norma.

⁶⁰⁰ Para mayor ilustración sobre el antiformalismo del *compliance*, véase a NEIRA PENA, A. «La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal». *Política Criminal*, vol. 11, núm. 22, 2016, pp. 467-520.

accionar de la entidad, sino de su órgano pertinente o de su representante legal⁶⁰¹ en ejercicio de esa autorregulación empresarial responsable y apegada a la legalidad.

Otras actividades que se desprenden del ejercicio del *compliance* y que pueden servir para que la entidad se autorregule de forma tal que le permita detectar la comisión de un delito y comunicarlo o denunciarlo, pueden ser la vigencia de un código de conducta, la existencia de un plan de prevención, y de todos los demás elementos estructurales del *compliance*. Sin embargo, la sola existencia de estos en el seno de una persona jurídica, ni en sí mismos, ni como partes estructurales del *compliance* surtirán efectos probatorios, como si puede hacerlo el hecho de que la entidad haya detectado y denunciado la comisión de un delito, esto por cuanto, como se indicó *supra*, la finalidad preventiva por ahora no tienen calado en Ecuador.

En general, la materialidad de una o más actividades *compliance* en caso de que fueren alegadas, acreditadas y probadas durante un proceso penal contra la persona jurídica por un delito atribuible, independientemente de la existencia o no de un programa de cumplimiento, será lo que permita probar procesalmente a la entidad, que efectivamente ha cumplido con la legalidad en el sentido de que en su actividad de supervisión y control, ha detectado un presunto delito atribuible y lo ha comunicado a la autoridad respectiva, y ello con independencia de si lo ha hecho habiendo tenido incorporado un programa de cumplimiento⁶⁰² o no.

3.- Naturaleza jurídica del *compliance* y culpabilidad

En Ecuador, como se ha venido resaltando, la ausencia regulatoria del *compliance* no permite abordarlo como eximente ni atenuante, por ende, no se puede tampoco debatir en estos sentidos su naturaleza jurídica. No obstante, como se pretende *supra*, podría ser posible su acreditación material al menos en cuanto a la actividad que se desprende de la detección, neutralización y comunicación del delito a las autoridades pertinentes, y esto como mecanismo, no de cara a buscar que se exima la responsabilidad penal de la entidad, sino como medio o estrategia de defensa para lograr no vinculaciones al proceso penal, o sobreseimientos, o sentencias absolutorias. De ahí que, por ahora y a la luz del principio de libertad probatoria, ya sea como programa de cumplimiento íntegro, o por medio de alguno de sus elementos, en la medida que permita materializar la detección, neutralización y denuncia de delitos, bien podría ser alegado en defensa de la entidad de cara a pretender

⁶⁰¹ El representante legal de una persona jurídica es quien la representa judicial y extrajudicialmente. O podría ser cualquier persona designada en los Estatutos o ad-hoc por la entidad para el efecto.

⁶⁰² Algo similar aunque con énfasis en la posibilidad eximente y atenuante puede confortarse en NEIRA PENA, A., «La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas», en AA.VV., A.J., Pérez-Cruz Martín (dir.), A.M. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2017, pp. 267-291.

una no imputación, el sobreseimiento o su inocencia en un juicio penal, es decir, como medio de prueba defensivo de su inocencia.

Lo esgrimido anteriormente permite, al amparo de la citada libertad probatoria, centrar en la actualidad la naturaleza jurídica del *compliance* o de alguna actividad *compliance*, y esto *de lege lata* como herramienta probatoria de inocencia de la RPPJ, o naturaleza absolutoria. Con otras palabras, lo advertido *supra* permite sentar la hipótesis de que, si bien es cierto que no existe regulación expresa, las actividades neutralizadoras, de detección y de denuncia de delitos por parte de la propia entidad (actividades propias de un *compliance*), en la medida que sirvan como mecanismo de defensa de cara a obtener absoluciones, configurarían en la actualidad, la naturaleza jurídica del *compliance* en Ecuador. Queda entonces advertida la necesidad de un «*compliance informal*» para los efectos absolutorios de RPPJ.

Por otro lado, la naturaleza eximente del *compliance* que por ahora en Ecuador no tiene asidero, merece necesaria reflexión de cara a dotarles también a las entidades de este beneficio y reforzar a la vez la cultura de cumplimiento de la legalidad y la tarea preventiva de delitos. De ahí que se abogue en este sentido, su necesidad *de lege ferenda*.

En una mirada al Derecho comparado, se observa que el debate respecto de la naturaleza jurídica del *compliance* como causa de exclusión de RPPJ, en ciertos países lejos de unificar criterios se ha dividido en dos posturas que por ahora asoman irreconciliables. Así por ejemplo, en España, en la actualidad dos pronunciamientos contrarios ofrecen posturas diferentes respecto de esta problemática. Por una parte, la FGE-E considera que se trataría de una condición objetiva de punibilidad responsabilidad penal; en tanto que para el Tribunal Supremo se trata de un elemento negativo del tipo, y eximente según voto particular (STS 154/2016, 29 de febrero). Las dos posturas traen consecuentes implicaciones probatorias que preocupan a la doctrina del país ibérico⁶⁰³. De ahí que, en caso de que Ecuador en el futuro opte por una regulación expresa del *compliance* con naturaleza jurídica eximente, deberá tener presente esta discusión que viene mereciendo diferentes y contradictorios pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales en España y otras latitudes en donde es regulado con el advertido efecto; sobre todo, se deberá tomar en consideración la realidad regulatoria eximente que contempla el COIP.

En la línea de la hipótesis planteada, esto es, respecto de la naturaleza probatoria del *compliance* pro inocencia de la persona jurídica, en la actualidad *de lege lata* bien puede este

⁶⁰³ Al respecto la preocupación está latente pues con razón se afirma que no se trata de una discusión puramente dogmática, pues, de seguirse el criterio de la FGE-E la cuestión probatoria repercute de considerable forma a la hora de exigir la carga probatoria de este instrumento, Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ, M., «Régimen jurídico de la responsabilidad penal de empresas en España. Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus administradores», en AA.VV., I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 43-65.

instrumento o alguno de sus elementos servir como justificativo de la no culpabilidad de la persona jurídica. Pues, si de hecho una entidad ha detectado la comisión de un ilícito por medio de su programa de cumplimiento y además ha puesto a conocimiento de la fiscalía, y éste órgano en efecto, ha procedido a establecer en juicio una responsabilidad individual de una o varias personas físicas denunciadas por la entidad, no resultaría coherente ni lógico que se acredite un reproche de culpabilidad a la persona jurídica que ha obrado de forma diligente preventiva y reactivamente. Por el contrario, si la entidad no ha observado la debida diligencia y por ende, no ha neutralizado un delito, por mucho que cuente con un programa de cumplimiento completo, habrá que hacerle respecto de ella el reproche de culpabilidad. Es decir que, por ahora en Ecuador, no es en sí mismo la no existencia de un *compliance* o el cumplimiento de la legalidad, el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, sino la acción material de ineficacia para detectar y denunciar la comisión del delito por el que se le reprocha. De ahí que, por ahora, *el compliance* en caso de inobservancia, no tiene efectos en el reproche de culpabilidad, pero sí puede surtir efectos para justificar un no reproche de la entidad cuando lo observe y surta efectos materiales neutralizantes de delitos.

Por otro lado, y abogando por la posibilidad *de lege ferenda* de una futura regulación como exigente de RPPJ, es necesario partir advirtiendo que, esta naturaleza jurídica, en el análisis de culpabilidad, conlleva implicaciones en materia probatoria, sobre todo en lo concerniente a la carga de la prueba. No obstante, estos temas serán abordados más adelante en un siguiente Capítulo al analizar el *criminal compliance* como prueba en sede procesal. Corresponde aquí referirse al rol o a la incidencia del *compliance* en materia de culpabilidad. Para ello se parte de la premisa del modelo de autorresponsabilidad, en el que el «*hecho de referencia*» sea presupuesto de imputación, el defecto de organización fundamento de la responsabilidad, y el incumplimiento de la legalidad sea el sustento de la culpabilidad. En esta premisa, el rol del *compliance* ha de ser preponderante a la hora de justificar su no punición, cuando se verifique la comisión de un delito dentro de una persona jurídica que se organizó adecuada y eficazmente y sobre todo que materialmente detectó, neutralizó y comunicó a las autoridades esa comisión.

Al hilo de lo advertido, y respecto del debate que genera la naturaleza de los programas de cumplimiento como exigente de responsabilidad penal, se centra aquí la discusión de la culpabilidad en relación con los programas de cumplimiento. De ahí que queda por ahora adelantar, que el defecto de organización al no ser algo fáctico, no tiene visos de ser una conducta penalmente relevante que se encuentre descrita en el tipo, y al contrario, tratándose de una cuestión meramente valorativa, resultaría más bien relevante en el juicio de

culpabilidad, en donde servirá para individualizar esa RPPJ⁶⁰⁴. A partir de esto y desde una óptica constructivista de la culpabilidad⁶⁰⁵, esa necesidad de institucionalizar la cultura de *compliance* en la organización de la persona jurídica, acredita su intención por cumplir con la legalidad –cultura de cumplimiento–, cuya carencia, evidencia a su vez, esa infidelidad al Derecho por parte de la organización y por ende merece el denominado reproche de culpabilidad penal⁶⁰⁶.

De lo expuesto, parece que por ahora el *compliance*, en las regulaciones que lo contemplan es el único instrumento capaz de eximir o atenuar la culpabilidad empresarial, y no el centro mismo para determinar su culpabilidad, a pesar de que legislaciones como la de los Estados Unidos, en donde la responsabilidad penal corporativa ha sido implementada de cara a fomentar el *buen gobierno corporativo*⁶⁰⁷, los programas de cumplimiento sí influyen en la culpabilidad de las organizaciones⁶⁰⁸ sometidas a su regulación. Así por ejemplo, partiendo de las directrices que proporciona la *Sentencing Guidelines* en materia de «*puntuación de culpabilidad*», las empresas que hayan incorporado *ex ante facto* y *ex post facto* un *compliance*, obtendrán disminuciones en los «*puntos de culpabilidad*»⁶⁰⁹.

En Ecuador, habrá que esperar a ver si el legislador ecuatoriano se decanta por la regulación de los programas de cumplimiento también en su naturaleza eximente. No obstante, lo lógico sería que adoptando la experiencia comparada y la corriente doctrinal mayoritaria, los adopte en los dos efectos, y no solamente como lo ha hecho desde el año 2021 en su efecto atenuante, pues, solamente así se podrá insertar de forma completa el análisis de la RPPJ en la teoría del delito ecuatoriana, y reforzar la necesidad político criminal. Frente a estas posibilidades, a continuación se esgrimen brevemente algunas reflexiones.

⁶⁰⁴ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., «Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. especial referencia al sistema español», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm 25, 2011, pp. 43-84.

⁶⁰⁵ En el sentido que la culpabilidad que se le quiera atribuir a la empresa se sustente también en tres aspectos funcionales que se corresponden con los de la culpabilidad individual: *la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del Derecho penal, y la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma* penal. Con lo que no se afirma la igualdad entre las dos culpabilidades pero sí su funcionalidad equivalente. Sobre unas aproximaciones básicas y desarrolladas de esta cuestión, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2010, p. 99 y ss; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 258 y ss., 273 y ss., 285 y ss.

⁶⁰⁶ O lo que es igual, el rol del *Compliance* en la pretendida culpabilidad de la persona jurídica. Es decir, su no presencia o su ineficacia para detectar o prevenir una conducta penal en el interior de una persona jurídica, se reporta como un acto de infidelidad al Derecho que justificaría, por ende, el fundamento de culpabilidad. Al contrario, y en sentido positivo, su presencia eficaz y su eficiencia reportan fidelidad que le permitirá a la entidad, eximir su responsabilidad penal.

⁶⁰⁷ Vid. RAYÓN BALLESTEROS, M., «Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LI, 2018, pp 197-222.

⁶⁰⁸ Vid. SÁNCHEZ GIMENO, S., ESTEVE CARRASCOSA, A., GAY QUINZÁ, I., «Régimen jurídico internacional de la responsabilidad penal de las empresas. El estado de la cuestión en el Derecho de la Unión Europea y en los Estados Unidos de América», en AA.VV., I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 67-93.

⁶⁰⁹ Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L / B de F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 35-88.

4.- Necesidad regulatoria del *compliance* como eximente de RPPJ

Si lo que se pretende en Ecuador con la incorporación de la RPPJ es luchar contra la criminalidad empresarial, es necesario considerar una regulación sustantiva en atención a la condición de ente no humano, y dotarle a la entidad de un tratamiento penal en el que se garantice la vigencia de los principios informadores del Derecho penal. En este sentido, surge la necesidad de dotar a las empresas de herramientas normativas que mitiguen en cierto modo su responsabilidad, tal como sucede por ejemplo, con los mecanismos excluyentes que se aplican a las personas humanas.

Por otro lado, para luchar contra la criminalidad empresarial, el moderno Derecho penal ha ido configurando instrumentos que permitan prevenir lesiones a daños a bienes jurídicos de la más variada naturaleza, sobre todo aquellos supraindividuales como el medio ambiente, por ejemplo. Empero, como bien se advierte en la doctrina, para adoptar esos instrumentos o medidas habrá de realizarse un responsable análisis en sede político-criminal, sobre todo una profunda reflexión que dé sustento criminológico a esas pretensiones, para que tengan fundamentos científicos y no sean meras improvisaciones⁶¹⁰.

4.1.- *Compliance* como eximente

Como ha quedado indicado a largo de lo hasta aquí expuesto, la no regulación expresa en el COIP del *compliance penal* como eximente de RPP implica, por ende, la negación de su naturaleza eximente. Ello no ha permitido el desarrollo jurisprudencia ni doctrinal local respecto de esta cuestión, de ahí que en el país no exista experiencia sobre esta materia. Es por eso que, partiendo de esta premisa, se ha de volver una mirada al Derecho comparado, concretamente a legislaciones de habla hispana que lo regulan también en el efecto eximente.

Así, en España la regulación actual establece dos situaciones o circunstancias en las que el *compliance* opera como eximente de RPPJ. La una que se refiere a los casos en los que sean los empleados o trabajadores quienes cometan delitos, siempre que la empresa haya adoptado antes de la comisión un programa de cumplimiento, y que éste sea eficaz⁶¹¹; entonces, se estará ante un *compliance* suficiente para eximir la RPPJ. Empero, si se trata de delitos cometidos por los directivos, el *compliance* no sería suficiente para eximir la RPPJ, se requerirá además, para esos efectos, la concurrencia de otros requisitos⁶¹².

⁶¹⁰ Sobre esta cuestión véase unas interesantes reflexiones en: ESPINOZA BONIFAZ, R., «Enfoque criminológico del *compliance*» (La necesidad de hacer leyes con finalidades político-criminológicas eficaces), en AA.VV., F. Rojas Vargas, J.E. Prado Soriano (dirs.), *Compliance aplicado al derecho penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Ideas Solución, Lima, 2019, pp. 205-222.

⁶¹¹ Un análisis interesante sobre la eficacia de los *compliance* véase en NEIRA PENA, A., «La efectividad de», cit., p. 468 y ss.

⁶¹² Entre otros, la elusión fraudulenta de las medidas de prevención por los autores materiales del delito.

Ahora bien, en caso de decantarse por el modelo español, habrá necesariamente que optarse por una línea regulatoria expresa como lo hace el CP en el art. 31 bis.2, que advierte que en los casos de que el delito se cometa por los directivos, representantes o por aquellas personas de la primera vía o línea de imputación, la eximente funciona siempre que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado, antes de la comisión del delito, un programa de cumplimiento o «*modelos de organización y gestión*». Luego se requiere que el *compliance* contemple medidas de vigilancia y control para la prevención de delitos de la misma naturaleza que el delito que se ha verificado, o que al menos, permitan una reducción significativa del riesgo de su comisión. Además de esos requisitos «*formales*» que se exigen en este apartado, se requiere la materialidad misma del propio *compliance* y de las medidas de vigilancia y control, esto es, idoneidad y eficacia (idoneidad de modelo en cuanto a su diseño *ex ante*, y eficacia de las medidas frente al tipo del delito cometido o perspectiva *ex post*).

Estos requisitos formales y materiales que exigen el apartado en análisis, no se contraponen a la realidad regulatoria ecuatoriana, que como se ha advertido en su momento, contempla también esa primera *vía o línea* de imputación de RPPJ. Además, si se aboga por un *compliance* no cosmético⁶¹³, los requisitos materiales de eficacia e idoneidad constituyen una necesidad imperiosa de regulación expresa⁶¹⁴, ello inclusive con arraigo en justificaciones de política criminal.

Pero además, la regulación española exige que el modelo de prevención sea supervisado en cuanto a su funcionamiento y cumplimiento, ya sea por un órgano de la propia persona jurídica, o por un órgano externo. En el primer caso, la norma requiere que el órgano sea autónomo en cuanto a la iniciativa y al control de las actividades *compliance*; en el segundo, una encomienda legal de las actividades de supervisión y control a terceros que no sean de la propia entidad. Esta exigencia en términos *compliance* significa oficial de cumplimiento, respecto del cual, la experiencia en el caso ecuatoriano en la actualidad y con ciertos matices, se observa en materia penal en el *compliance* como atenuante (art. 45.7.d) y en actividades de lavado de activos como se verá *infra*⁶¹⁵.

⁶¹³ Esta clase de programas, además de ser incapaces para exonerar la RPPJ, no previenen las irregularidades, inclusive se afirma que tienen un efecto contrario, ya que cuando se maquilla el cumplimiento normativo, se aparta de los principios de buen gobierno, o lo que es igual, se propone y se provoca la comisión de infracciones, pero pretendiendo no ser descubiertos, BOSCO GIMENO, J., «Ética, estética, cosmética y compliance», disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/1556/articulo-tica-estetica-cosmetica-y-compliance.html>

⁶¹⁴ Al respecto, a diferencia de los programas cosméticos advertidos en la referencia anterior, un *compliance* informal aunque no se encuentre regulado en el COIP como eximente puede servir para los efectos absolutorios, en caso de que sea eficazmente acreditado y probado al amparo de la libertad probatoria.

⁶¹⁵ Sin embargo, habrá que cuidar mucho la redacción legal a la hora de su exigencia y de su posible regulación, pues, es necesario dotarle al oficial de cumplimiento, como en el caso de España, de una necesaria autonomía en la iniciativa y control del *compliance*, que implique entre otras cuestiones, autonomía económica, pero sin confundir sus propias funciones y responsabilidades, de aquellas propias de la persona jurídica.

Se requiere también, que el delito se haya cometido eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención. Se trata de que las personas físicas que cometan un delito atribuible en el seno de la persona jurídica, lo hagan burlando o evitando de forma fraudulenta los sistemas de control y las actividades *compliance*. En este caso, el dominio de la acción delictiva sale del ámbito de la entidad. Pero concomitantemente con esto, se exige también que no exista omisión o ejercicio insuficiente de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano respectivo. Estas exigencias en el caso ecuatoriano serían plenamente compatibles, es más, ya el propio COIP contempla una norma que sanciona la omisión de control aunque referida únicamente al lavado de activos, y además, en la circunstancia atenuante del art. 45.7, d). El COIP también permite el análisis dogmático de la responsabilidad por el dominio de la acción, y en el caso de que el delito se cometa por una persona física burlando o eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención, permitirá bajo esta figura, eximir de RPPJ cuando se esté frente a esta situación y se tenga implementado en los términos antes indicados un *compliance penal*.

Luego, en caso de que el delito sea cometido por aquellas personas que forman parte de la segunda línea de imputación, la exigente de RPPJ conforme al art. 31 bis.4 del CP opera siempre, que antes que el delito se cometa, la entidad haya adoptado y ejecutado de forma eficaz un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos o para reducir significativamente el riesgo de su realización. El requisito formal lo constituye el propio *compliance*; mientras que el material o sustancial se satisface con su eficacia y adecuación, es decir, basta la adopción y la ejecución de un *compliance* eficaz y adecuado para la prevención de delitos.

Ahora bien, en uno y otro caso el art. 31 bis.5 del CP de España exige la concurrencia de varios requisitos⁶¹⁶.

Además, el art. 31 bis.3 del CP de España, ha previsto la situación de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. En esta clase de entidades, la ley permite que las funciones del oficial de cumplimiento puedan ser asumidas directamente por el órgano de administración de la entidad, es decir, no se requiere necesariamente de un órgano autónomo de la entidad

⁶¹⁶ Al respecto, el art. 31 bis.5 del CP señala que: « 1. ° Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2. ° 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.

3. ° Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4. ° Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5. ° Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6. ° Realizarán una verificación periódica del modelo 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».

o un externo con delegación. En el caso de Ecuador, habrá que analizarse en sede política criminal la necesidad de adoptar esta permisividad en los efectos eximentes, en las personas jurídicas de mediana y pequeña dimensión.

Tomando postura respecto de si es adecuado que los requisitos de *compliance* sean los mismos cuando el delito lo comete un miembro de la alta dirección (aquellos de la *primera vía* de imputación), o un sub alterno (aquellos de la *segunda vía*); o si por el contrario –como en el caso español–, se requiere mayor exigencia en el primer caso. La misma naturaleza eximente de la RPPJ (que permitirá que la persona jurídica no sea sancionada penalmente pese a que en su seno se verifique un delito) requiere por motivos político-criminales, entre otros, de una regulación exigente como la observada en el art. 31 bis del CP de España, en la que, no sólo baste la simple acreditación de un *compliance* en términos genéricos «*adecuado y eficaz*» sino además se exija: a) que la Administración de la entidad haya adoptado *ex ante* comisión del delito, programas de cumplimiento que contemplen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; b) que tanto la supervisión del funcionamiento cuanto el cumplimiento del modelo de prevención implantado sea confiado a un órgano de cumplimiento que posea poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; c) que las personas naturales hayan cometido el delito atribuible, eludiendo de modo fraudulento los modelos de organización y de prevención y; c) que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones. Es decir, se debe aprovechar en este sentido la experiencia extranjera que ofrece el Derecho comparado, concretamente el español (art. 31 bis. 2, 1º, 2º, 3º y 4º CP).

Luego, las exigencias generales de «*adecuado y eficaz*», en la medida que el *compliance* permita prevenir o reducir significativamente delitos de la misma naturaleza, serán suficientes para eximir la RPPJ en los casos de delitos cometidos por las personas de la advertida «*segunda vía*» de imputación de RPPJ⁶¹⁷.

⁶¹⁷ Esta diferenciación regulatoria por la que se toma postura, tiene un trasfondo que merece reflexión. Así, en el primer caso, si una persona jurídica pretende eximir su responsabilidad penal cuando el delito sea cometida por las personas de la «primera vía», deberá contar con un *compliance* completo, en el sentido de las exigencias del CP español (art. 31 bis. 2, 1º, 2º, 3º y 4º). Esto por cuanto, esta clase de personas están llamadas a observar un mayor cuidado en el ejercicio de las actividades organizacionales, lo que a la postre implica un tácito deber de debida diligencia extrema en sus actuaciones dado la riesgoso de la actividad empresarial; luego, en estos casos, no basta un simple *compliance* «adecuado y eficaz» para eximirla de RPPJ, pues, lo contrario sería, de todas formas, premiar la defectuosa diligencia en las actuaciones dirigenciales, al admitirse un *compliance* en los términos del art. 31 bis.4 del CP de España.

Pero si en ejercicio de la debida diligencia empresarial se verifica la realización de un delito por parte de algún subalterno, bastará el advertido *compliance* del citado art. 31 bis.4 del CP para eximir a la entidad de responsabilidad penal; caso contrario, sería injusto que una entidad ejercitando la debida diligencia por parte de sus dirigentes, teniendo además un *compliance* adecuado y eficaz para prevenir delitos de la misma naturaleza o para mitigar los efectos, y por el hecho de que un tercer burlando los controles cometa una infracción atribuible, en consecuencia aquélla no pueda beneficiarse de este *compliance*.

4.2.- Compliance como atenuante

Respecto a la posibilidad atenuante, como se ha dicho anteriormente, con la incorporación del sistema de RPPJ en Ecuador en 2014, no se introdujo a los programas de cumplimiento como atenuante ni en la eximente de esta clase de responsabilidad penal. De ahí que, en principio, los tribunales ecuatorianos no encontraban fundamento jurídico para aplicarlos como atenuantes, contrario a lo que ocurre por ejemplo con los tribunales franceses y alemanes⁶¹⁸; aunque en el caso alemán, sí se cuenta con regulación del *compliance* en sede administrativa y ha sido abordado por el Tribunal Supremo de ese país a la hora de considerarlo como atenuante de una sanción impuesta a la luz del *Ordnungswidrigkeitengesetz*⁶¹⁹ (OWiG).

El tema del *compliance* como atenuante, debe pasar primero por la necesaria aclaración de conceptos. En ese sentido, resulta erróneo pretender concebirlo como atenuante en cuanto a su mera existencia. No se trata simplemente de tener implementado un *compliance* para que opere la atenuación de la pena en favor de una persona jurídica, se requiere por el contrario, la verificación de determinadas circunstancias y parámetros. De ahí que, por un lado, como ocurre en España en el art. 31 bis a continuación de la regla 4ª del numeral 2, para efectos de atenuación de la pena, se requiere al menos acreditación parcial de las circunstancias exigidas como eximente. En estos casos, se trata de una especie de «*compliance incompleto*»⁶²⁰ que de todos modos debe reunir ciertas circunstancias –de aquellas indicadas en el art. 31 bis–⁶²¹. Es decir, una cosa es *compliance* en mera existencia

⁶¹⁸ En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Supremo a través de la Sentencia de 9 de mayo de 2017, asunto 1 StR 265/16 se ha pronunciado ya respecto del *compliance* como atenuante a efectos de mitigar la sanción penal, SUDEROW, J., «Primer reconocimiento jurisprudencial en *compliance* en Alemania», disponible en: <https://www.3ccompliance.com/es/articulos/compliance/primer-reconocimiento-jurisprudencial-en-compliance-en-alemania/>

⁶¹⁹ Que en la traducción al español equivale a violaciones administrativas o comúnmente conocido por la doctrina como Código de Infracciones Administrativas, el mismo que establece sanciones de naturaleza administrativas como multas, aplicables a aquellas personas jurídicas involucradas en infracciones penales.

⁶²⁰ Eso cuando en la consideración 4ª del numeral 2, art. 31 bis., del CP de España, se indica que «en los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a efectos de atenuación de la pena».

⁶²¹ Esta advertencia surge de una lectura del citado art. 31 bis.2. 4º, aunque la regulación española respecto a la consideración del *compliance* como atenuante, genera dudas en los dos momentos que a ella se refiere el CP. Así por un lado el art. 31 bis en el número 2, consideración 4ª segundo párrafo señala que: «En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena»; y, por otra parte, el art. 31 quater, advierte que «sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». Frente a esto se argumenta por ejemplo, que conforme a las citadas regulaciones se plantean únicamente dos posibilidades: «la adopción de medidas plenamente eficaces ex ante del *compliance* con efecto plenamente eximente y la ausencia de tales medidas. Lo normal debería ser que cupiese apreciar situaciones intermedias. A tal situación parece atender el apartado 2, párrafo último del artículo 32* bis y el párrafo segundo del artículo 31 bis 4. Que el Código Penal se contradice a sí mismo surge de forma natural (por un lado, excluye la posibilidad de circunstancias atenuantes fuera del catálogo previsto en el artículo 31 bis quater y, por otro, lo permite en los preceptos anteriores citados)», GÓMEZ TOMILLO, M., «Compliance penal y», *Parece tratarse de un error, pues en este caso es evidente que se está refiriendo el autor al artículo 31 bis 2, 1ª.

(concepto no apto para los fines atenuables), y otra *compliance* cumpliendo ciertas exigencias (válido como atenuante). De esta manera se evitarán programas «adorno»⁶²².

Por otra parte, si se quiere regular el *compliance* de forma específica como atenuante de la RPPJ, de igual forma se exigirá siempre determinada circunstancia, como cuando por ejemplo, el art. 31 quater d) del CP de España, exige para sus efectos atenuantes, haber sido establecido antes de la apertura del juicio oral; en este caso, la eficacia como se verá más adelante, es el condicionante que determina también su procedencia en atenuante.

En la misma ruta advertida, la FGE-E a través de su Circular 1/2016, respecto de la evaluación de la posibilidad del *compliance* como atenuante, ha dejado establecido que «*las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento*»⁶²³.

Lo advertido *supra*, y en referencia al caso ecuatoriano, puede no presentar relevancia alguna dada su ausencia regulatoria, por lo que, no se podría abordarlo desde la perspectiva atenuante, al menos no en esa forma incompleta advertida en la regulación española del art. 31 bis del CP; aunque en la interpretación analizada para los propósitos eximente, podría haber asidero también para su aceptación en sede probatoria con miras a solicitar en sentencia la atenuación de la pena. Lo complicado, sin embargo, será determinar bajo qué circunstancias se considera lo «incompleto», y es allí donde la cuestión se torna compleja.

Otros Estados de la región como Chile, por ejemplo, con la incorporación de la RPPJ incorporan también de forma expresa la figura del *compliance*, que en lo referente a su consideración como atenuante, al igual que Perú y España e Italia (éstos dos últimos fuera de la región), exige que se haya incorporado antes del comienzo del juicio. Esa regulación expresa viabiliza su procedencia y además determina los parámetros mínimos, al menos para su valoración en sede judicial. Así, en Chile el art. 6° 3) de la Ley n° 20.393, prevé como atenuante de RPPJ, «*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*»⁶²⁴.

Por su parte, Perú en el art. 12 de la Ley N° 30424 letra e), contempla como atenuante la adopción e implementación del modelo de prevención luego de la comisión del delito y antes

⁶²² Son aquellos programas de cumplimiento que dentro de una persona jurídica solamente existen para efectos de su mera apariencia.

⁶²³ Circular 1/2016 de la FGE.

⁶²⁴ Ley 20393 de 25 de noviembre de 2009.

de inicio del juicio oral. En España, la letra d) del art. 31 quater, considera al *compliance* como atenuante siempre que sea adoptado por el representante legal con posterioridad a la realización de la infracción penal y antes del comienzo del juicio oral. En Italia el art. 12 del Decreto número 231, advierte una reducción de la sanción de un tercio a la mitad siempre que previo a la declaratoria de apertura del juicio oral, se implemente o adopte un modelo de organización adecuado para la prevención de delitos como los cometidos⁶²⁵.

De lo analizado, se observa que la regulación peruana contempla la atenuante de la simple «*acreditación de los elementos mínimos del modelo de prevención*», que conforme está regulada en ese país, no forma parte de la circunstancia misma de la infracción, desnaturalizando –a mi juicio– la esencia misma de las atenuantes en cuanto a circunstancias de la infracción penal. Esto además, porque concordando con ZUGALDÍA ESPINAR, no basta la simple acreditación parcial de sus requisitos, sino que el nivel de eficacia no haya sido el suficiente como para eximir la RPPJ⁶²⁶.

4.2.1.- El *compliance* como atenuante de RPPJ en Ecuador

En Ecuador con las reformas de 2021 operada mediante Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción, se incorpora el *compliance* únicamente en su naturaleza atenuante. En efecto, en la actualidad el art. 44.7, d) del COIP, señala como una de las atenuantes de RPPJ a los «*sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión*»⁶²⁷.

Como se advirtió *supra* la regulación no exige eficacia en los programas de cumplimiento para los efectos atenuantes, no obstante exige ciertas consideraciones a tomar en cuenta:

4.2.1.1.- Condiciones estructurales del *Compliance*

El art. 45.7, d) exige la concurrencia de tres condicionamientos estructurales para que el *compliance* surta efectos atenuantes en la RPPJ.

- a) **El tiempo de la implementación-** El legislador ecuatoriano ha considerado necesario, para los efectos atenuantes, exigir la implementación del *compliance* ex

⁶²⁵ Vid. MAZZACUVA, F., «Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación», en AA.VV., J. M. Palma Herrera (trad.), J. M. Palma Herrera (dir.), M. I. González Tapia (coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, S.L., Madrid, 2014, pp. 68-88.

⁶²⁶ Cfr. «España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo)», en AA. VV., J.M. Zugaldía Espinar, E. Marín de Espinosa Ceballos (dirs.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 232.

⁶²⁷ En Argentina se denominan en Bolivia.....en Chile....en México...en Perú..., en España...

ante a la comisión del delito. Esta exigencia permite afirmar que la reforma de 2021 que lo incorpora, constituye el punto de partida para el debate y el ejercicio mismo de la finalidad preventiva de los programas de cumplimiento.

Ahora bien, aunque es alentador que el legislador haya determinado exigencia *ex ante* ya que ello promueve su finalidad preventiva; sin embargo, resulta incomprensible que para los efectos atenuantes, únicamente se valore este momento de implementación. Esto por cuanto se desaprovecha la oportunidad de un *compliance* en su doble finalidad: preventiva relacionado con la idoneidad del modelo, y reactiva relacionado con la eficacia de las medidas. Empero, puede que lo advertido tenga una explicación relacionada con el proceso de tramitación del Veto Parcial de la reforma por parte del ejecutivo que lo introdujo únicamente como atenuante, eliminando la posibilidad eximente que contemplaba el art. 3 del Proyecto aprobado en segundo debate en el legislativo.

En efecto, el texto legislativo inicial de la reforma preveía el *compliance* no sólo como atenuante sino también como eximente de RPPJ. Luego, la sanción de la ley por parte del ejecutivo, elimina la posibilidad eximente y lo sugiere únicamente como atenuante, que es a la postre lo que termina ratificando finalmente el legislativo⁶²⁸. El advertido tramite reformista, deja en el camino la posibilidad eximente, y también la RPPJ de derecho público. Respecto de la advertida eliminación de la naturaleza eximente del *compliance*, hay que reflexionar lo siguiente:

El texto aprobado por el legislativo que fue remitido al gobierno, para su sanción era el siguiente: «*Artículo 1.- En el artículo 45, agréguese a continuación del numeral 6, el siguiente:*

“7. Demostrar la implementación de sistemas de integridad, normas, programas y /o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, previo al cometimiento de la infracción, en el caso de personas jurídicas. Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a los que se refiere esta disposición, deberán tener una vigencia de implementación previa de por lo menos un año, contar con una persona responsable

⁶²⁸ Véase al respecto, la «Objeción Parcial del Ejecutivo al Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción».

e incorporar a todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización”»⁶²⁹.

Luego, el artículo 3 del Proyecto disponía la sustitución del primer párrafo del art. 49 del COIP, por el siguiente texto: *«En los supuestos previstos en este Código y cuando la comisión del delito ha sido a causa de la persona jurídica por la falta de implementación de sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión; o, por el incumplimiento de las mismas, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado, y las personas jurídicas del Estado, son penalmente responsables por los delitos cometidos para su beneficio propio o de sus asociados, (...).*

Las circunstancias atenuantes o agravantes que afecten la responsabilidad penal de la persona jurídica son independientes de aquellas determinadas para las personas naturales»⁶³⁰.

Como se observa, el texto del Proyecto aprobado en dos debates en la Asamblea Nacional preveía al *compliance* como atenuante (art. 45.7 COIP) y también como eximente (art. 49 COIP) de RPPJ. Sumado a ello, el Informe para Segundo debate en la Asamblea Nacional dentro del trámite reformativo, señalaba que *«con el fin de promover la implementación del compliance en las todas las instituciones y entidades del sector público y privado en el país, ya efectos de combatir efectivamente la corrupción desde la prevención, (...)*»⁶³¹, se lo establece como atenuante expresamente en el art. 45.7, y como eximente como se desprende tácitamente del pretendido primer inciso del art. 49 del COIP. De ahí que, el legislador ecuatoriano había decidido hasta ese momento, dotarle al *compliance* únicamente de naturaleza preventiva de comisión de infracciones penales otorgándole efectos atenuantes (expresos) y eximentes (tácitos). Y ello tienen sentido si la reforma hubiese acogido al *compliance* no sólo como atenuante sino también como eximente de RPPJ, pues, los efectos eximentes tienen un coste justificable con la necesidad preventiva; no así, los efectos atenuantes, cuyos costes disminuyentes de la pena no se justifican proporcionalmente con la necesidad preventiva, toda vez que, para atenuar la pena el actual art. 45.7,d) y el 49 del COIP, exigen un “*compliance completo*”.

⁶²⁹ “Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción”.

⁶³⁰ IBIDEM.

⁶³¹ Informe para Segundo Debate del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción.

Lo advertido, justifica el momento *ex ante* de implementación, es decir, de no haberse suprimido la reforma al primer párrafo del pretendido art. 49⁶³² (art. 3 del Proyecto), la implementación *ex ante* delictual se justificaba en los efectos eximentes de RPPJ; empero, como se eliminó esa posibilidad, debió necesariamente regularse el momento de la implementación no sólo al momento anterior a la comisión del delito, sino también, como los han hecho algunas legislaciones, *ex post* delito, y hasta antes de la audiencia de juicio oral.

- b) El órgano de cumplimiento.-** El legislador ecuatoriano al igual que el español, ha diferenciado entre departamentos u órganos de cumplimiento y persona encargada del cumplimiento, y lo ha hecho también al igual que el legislador español, tomando en consideración las dimensiones de las personas jurídicas.

Así, para el caso de las entidades de grandes dimensiones, es necesario que el programa de cumplimiento cuente con un departamento u órgano de cumplimiento. Respecto de las características de este departamento u órgano, en posteriores epígrafes se las profundiza en atención a la experiencia comparada y los aportes de la doctrina en los siguientes epígrafes.

Por ahora, se dejará advertida la necesidad de autonomía del personal que lo conforma, además de autonomía decisoria y financiera de los órganos o departamentos de cumplimiento respecto de los demás órganos de la persona jurídica cuando éstas sean de grandes dimensiones; y, la no necesaria autonomía del personal (puede ser alguien de la propia administración, por ejemplo), pero sí autonomía financiera y decisoria del oficial de cumplimiento respecto de los demás órganos de una persona jurídica en los casos de las PYMES.

Respecto del oficial de cumplimiento, en el epígrafe III.6 de este trabajo se reflexiona su anclaje en el caso ecuatoriano, partiendo desde lo que la doctrina y la legislación comparada ha contribuido a los largo de su evolución.

- c) La integridad funcional.-** El reformado art. 45.7, d) del COIP, exige también la necesidad de que el funcionamiento del *compliance* se articule o se incorpore con

⁶³² Y pese a que finalmente no pasó la sustitución del primer párrafo art. 49 del COIP (como se preveía en el Proyecto), sin embargo, con la reforma promulgada se mantiene la advertencia de que se lo sustituya, cuando lo que en realidad ocurrió es que se lo deja intacto (desde que se introduce el sistema de RPPJ en el año 2014); se modifica el segundo párrafo, aumentándose una nueva advertencia de independencia de RPPJ; y además, se introduce a partir del tercer párrafo que se mantiene intacto, la regulación de los requisitos mínimos del *criminal compliance*.

todos los niveles empresariales u organizacionales de la persona jurídica; es decir, se exige un *compliance* integral.

Estas cuestiones –al igual que las anteriores advertidas en las exigencias del art. 45.7,d) del COIP– irán siendo abordadas en la medida que se analice *infra* los elementos estructurales del *compliance*. Por ahora, se ha de indicar que esta exigencia forma parte de los lineamientos generales que debe observar un programa de cumplimiento en su estructuración, de cara a surtir los efectos atenuantes de RPPJ.

Finalmente, se sugiere –y esto amparado en la experiencia comparada– *de lege ferenda* la necesidad de que el legislador nacional se pronuncie con una opción regulatoria más completa de cláusula del *compliance* como atenuante; en la que, por un lado, el elemento temporal de procedencia no solamente sea *ex ante* como hasta ahora; sino que también se permita su acreditación *ex post* delito, y en este caso esa posibilidad acreditativa del *compliance* se la ubique no solamente hasta antes de la etapa de juicio, sino hasta antes de instalada la audiencia misma del juicio oral; y, por otro, que el elemento de acreditación no se limite únicamente a constatar su simple establecimiento *ex ante* o *ex post*, ni solamente sus requisitos mínimos, sino también su eficacia, sea que se haya encontrado establecido antes o después de la comisión del delito, siempre que esa eficacia sea acreditada de cara al futuro. De ahí que, pese a que las reformas que lo introdujeron como atenuante de RPPJ son de reciente data (año 2021), cobrar fuerza en este trabajo, una nueva necesidad del *compliance penal* vía labor reformadora, pero como sugiere la doctrina, bajo el fundamento atenuante de la necesidad de que las personas jurídicas se reorganicen para prevenir o evitar la comisión de posteriores o nuevos delitos⁶³³ y en los dos momentos de acreditación sugeridos.

5.- Implementación del *compliance* ¿Exigencia penal o administrativa?

Independientemente de la regulación penal como eximente y atenuante de RPPJ, es necesario reflexionar la necesidad de su exigibilidad penal⁶³⁴ o administrativa⁶³⁵ como lo regulan, por ejemplo, algunas otras legislaciones.

⁶³³ Con otros autores véase a FARALDO CABANA, P., «Los compliance programas y la atenuación de la responsabilidad penal», en AA.VV., J. L. Gómez Colomer, C. M. Madrid Boquín (dirs.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización de gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157-180.

⁶³⁴ En España el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal, en el art. 286 seis.

⁶³⁵ Así en Francia por ejemplo, en Alemania y en Francia, en ésta última con la puesta en vigencia de la Ley Sapin II de 10 de diciembre de 2016, (LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique), se adopta un sistema extrapenal de implementación de compliance, en el que mediante la citada Ley, se exige a las empresas de cierto tamaño su implementación, y que en caso de su incumplimiento se prevén sanciones administrativas, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/12/9/ECFM1605542L/jo/texte>

La cuestión planteada, obedece por un lado a la necesidad de evitar que la implementación del *compliance* quede supeditada en gran parte a fines meramente utilitaristas para beneficiarse ya sea de la eximente o de la atenuación, dejando en un segundo plano los fines preventivos⁶³⁶, y por ende, el cumplimiento de la legalidad; y, por otro lado, ya en el caso ecuatoriano (dado la poca cultura de *compliance* y ante fines también preventivos), la necesidad de que sirva como mecanismo de cara a refrozar reguladamente la cultura de prevención de delitos, advertida hasta ahora en el COIP con la regulación del *compliance* como atenuante de RPPJ. Hay que admitir, sin embargo, que la cuestión no es del todo fácil, al menos no pretendida en la opción penal, la cual presentaría serios reparos sobre todo en cuestiones de *non bis in idem* y culpabilidad como se verá más adelante.

En las regulaciones que abordan el *compliance* existen dos tendencias claramente marcadas de exigencia de incorporar medidas de prevención y control. Una es la opción del derecho administrativo sancionador, y la otra, la del Derecho penal. La primera admitida en regulaciones como la alemana, por ejemplo; y, la segunda, en permanente debate⁶³⁷.

5.1.- La opción del Derecho administrativo sancionador

En la misma fórmula del Derecho comparado, en Alemania la omisión de incorporar un programa de cumplimiento es un tipo de sanción que contempla la Ley de contravenciones e infracciones administrativas, concretamente el art. 130⁶³⁸ del OWiG. Esta norma establece sanciones administrativas siempre que se verifique lo indicado en el art. 30⁶³⁹. En tal sentido, existe sanción cuando se verifique un delito cometido por parte de algún empleado de la empresa y en cuyo caso, si además, en el seno de esa persona jurídica en la que se delinque, su representante legal de forma culposa o dolosa no ha implementado un sistema de prevención suficiente para evitarlo.

⁶³⁶ Ya en conferencias y simposios sobre la materia, se ha advertido la peligrosidad de que se convierta en una especie de «seguro» «muletilla» o «comodín» de las empresas de cara a beneficiarse de las prerrogativas penales observadas en las diferentes regulaciones que contemplan la RPPJ, desnaturalizando por ende su verdadero cometido.

⁶³⁷ Se la pretendió incorporar en España en el proyecto de reforma al CP de 2013 sin éxito alguno.

⁶³⁸ Este artículo en su traducción señala que: « (1) Quien como titular de un negocio o de una empresa, de manera dolosa o imprudente, omite adoptar medidas de vigilancias para evitar en el negocio o empresa infracciones contra deberes que obligan al propietario y cuya infracción se sanciona penal o administrativamente, será sancionando administrativamente cuando se haya cometido esa infracción y ésta se hubiere podido evitar o dificultado esencialmente a través de una supervisión adecuada. Entre las medidas de supervisión necesarias se encuentran también el nombramiento, la selección y la supervisión de los supervisores. (2) Las empresas públicas se considerarán también empresas o negocios de acuerdo con el apartado primero. (3) La sanción administrativa puede ser hasta un millón de euros cuando la violación de la obligación se sancione penalmente. Cuando la infracción se sancione mediante multa administrativa, la multa puede ser igual a la multa que se impone por la infracción de la obligación. Esto último es también de aplicación en el caso de que la infracción sea sancionada al mismo tiempo penal y administrativamente, si la multa administrativa prevista supera el millón de euros», SIEBER, U., «Programas de compliance», p. 81.

⁶³⁹ Ese artículo, establece la responsabilidad directa a las personas jurídicas cuando sus órganos, representantes o socios cometan un delito, en violación de algún deber de vigilancia de la persona jurídica, para beneficiarla.

Es entendible que en Alemania exista responsabilidad administrativa y no penal por la no incorporación del *compliance*, pues, ese país no ha incorporado la RPPJ. Sin embargo, tampoco es que sea inviable la obligatoriedad u opción penal en sistemas como el alemán, inclusive, la propia doctrina de ese país lo ha venido discutiendo desde algún tiempo bajo necesidad político-criminal⁶⁴⁰, aunque con criterios en pro y en contra⁶⁴¹. Y es que, puede caber también la opción penal toda vez que dicha exigencia recaiga sobre la persona natural que representa a la persona jurídica, en cuyo caso, se estaría frente a una responsabilidad administrativa de la persona jurídica y penal de la persona natural que incumple –en los términos de la regulación alemana– la obligación de implementar el sistema de prevención. Luego, puede que la sanción solamente administrativa sea también una opción con multas elevadas. Conforme al modelo alemán, pese a que la sanción es administrativa, queda analizar en penalmente el dolo y la imprudencia del actuar de esa persona natural.

Esta regulación o modelo alemán constituye una opción de cara a ir pensando en una posibilidad regulatoria extrapenal en Ecuador, en cuyo caso, podría abordársela como infracción administrativa por la falta de implementación de medidas de vigilancia para la evitación de delitos o infracciones de naturaleza administrativa. Queda por ahora esperar el pronunciamiento legislativo local.

5.2.- La opción penal

Esta opción, sin dudas, merece profundo análisis y reflexión de cara a su posible introducción en cualquier sistema jurídico que se la pretenda asumir, no por algo sus pretensiones han quedado truncadas en debates legislativos reformatorios de cierto país. En efecto, discutida en el Proyecto de Ley de Reforma de Código Penal de 2013 en España⁶⁴², esta opción pretendía sanciones penales para los representantes legales o administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas, en caso de no haber implementado medidas de vigilancia o control. Esta pretensión punitiva finalmente no terminó cuajando en la reforma introducida en ese país en el año 2015.

⁶⁴⁰ Vid. ACHENBACH, H., «Sanciones con la que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán», en AA.VV., J. M. Silva Sánchez, B. Schunemann, J. De Figuereido Dias (reed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp.400-401.

⁶⁴¹ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., «Compliance penal y», cit., p. 12.

⁶⁴² En efecto, el art. 286 seis del Proyecto de CP preveía sanción de prisión de tres meses a un año, multa de doce a veinticuatro meses, además de inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años, cuando se produzca omisión en la «*adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida (...)*». En caso de imprudencia, la multa oscilaba entre los tres a seis meses. Además, no se podía imponer penas más graves que las previstas en el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado., Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de octubre de 2013, disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF

La frustrada aspiración española preveía un rango de sanciones penales que iban desde los tres meses al año de prisión, o multa que oscilaba entre los doce a los veinticuatro meses, además de la inhabilitación temporal para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años para el caso de que el delito omisivo sea doloso; y, en caso de verificarse una conducta imprudente, la sanción penal se reducía a multa de tres a seis meses. En todo caso, las sanciones tenían un coto que no permitía que fueran más graves que las del delito iniciado.

Ahora bien, más allá de que esa pretensión finalmente no haya visto la luz reformativa, los argumentos en contra y a favor que respecto de ella se han vertido dejan latente su futura posibilidad. En efecto, un primer análisis que asoma constituye –a mi juicio– la dependencia del delito inmediato que puede acarrear «*un inacceptable bis in idem*», de no mediar concurso ideal de leyes que resuelva a favor del delito fin⁶⁴³. Luego, una segunda posibilidad en el análisis de una opción penal de exigibilidad del *compliance* basada en razones de política criminal, apuesta por sugerir una regulación penal, pero como delito independiente o autónomo que permita sancionar por la violación de dos bienes jurídicos diferentes⁶⁴⁴.

En lo particular, no suena descabellada esa última posibilidad, puesto que ésta respecto de la RPPJ ulterior, se tratan de dos infracciones diferentes: una dolosa o imprudente atribuible a la persona natural, y otra dolosa o imprudente atribuible a la persona jurídica –por el hecho de referencia que genera la persona natural–, en caso de que la entidad no tenga un *compliance* eficaz incorporado. Sin embargo, en lo que respecta a la sanción, para evitar excesos o duplicaciones que afecten al *non bis in idem*, habrá que tomar en consideración la advertencia realizada por el legislador español (a la hora de imponer sanciones de multa tanto a la empresa cuanto al representante legal), en el sentido de que sea el juzgador quien module esa pena, precisamente para evitar excesos; y, por otro lado, si además, coinciden los dos delitos (el delito por no haber incorporado el programa de cumplimiento, y el delito que genera la RPPJ) en la misma persona natural representante legal o administradora, las reglas del concurso de delitos⁶⁴⁵ están llamadas a abordar la cuestión.

No obstante lo indicado, la opción penal de la pretendida reforma española que contemplaba la posibilidad dolosa e imprudente, presentaba algunos reparos, sobre todo en dos cuestiones: por un lado, en la medida de que la sanción al representante legal o administrador –al menos la multa– se terminará en el fondo sumando a la de la persona jurídica procesada

⁶⁴³ GÓMEZ MARTÍN, V., «Penas para las personas jurídicas. Ovejas con piel de lobo», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 17-61. Para el autor esta situación puede presentarse dado «*la aplicación acumulativa de dos preceptos en juego*».

⁶⁴⁴ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., «Compliance penal y», cit., p. 12 ss.

⁶⁴⁵ Para mayor ilustración al respecto, véase a ROMÁN LLAMOSI, S., «Introducción a la teoría del concurso. Pluralidad de delitos y concurso de normas. Art 77.3CP. Modificación Ley 1/2015. Interpretación Circular 4/2015 Fiscalía General del Estado», disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/introduccion-teoria-concurso-pluralidad-587931015>

por el delito que se inicia, en cuyo caso resultaría injusta, a no ser que se admita la transferencia de la pena con los consecuentes conflictos de culpabilidad que ello representa, además de conflictos con el *non bis in idem* (dos penas de multa por el mismo delito); por otro lado, con la posibilidad de que ese administrador o representante legal sea procesado también en el delito que se inicia. De todas formas, como se ha dejado advertido, las reglas del concurso permitirán zanjar la cuestión también en el caso ecuatoriano, en el caso de optarse por esta opción.

5.3.- Otra posibilidad

Una tercera opción –si se quiere conciliadora– viene constituida por la alternativa francesa, en la que, mediante la Ley N° 2016-1691 sobre Transparencia, Lucha contra la Corrupción y Modernización de la Vida Económica, de 09 de diciembre de 2016 (Ley Sapin II), impone a las personas jurídicas de determinado tamaño y capacidad económica⁶⁴⁶, la obligación de instaurar en su seno programas de cumplimiento anticorrupción. Esta opción contiene un doble sistema de sanciones: uno administrativo, que entre otros implica coste reputacional para las empresas, y otro penal para las personas naturales representantes de las empresas. En efecto, el art. 17.2 de la Ley, prevé que en caso de que las citadas empresas incumplan la obligación de incorporar sistemas de prevención de corrupción, ese particular se publicará a costas de la propia empresa (de allí el coste reputacional que tienen la sanción administrativa que la impone la Agencia Francesa Anticorrupción AFAC), además de una penalización adicional, que en caso de no ser cumplida por la empresa sancionada, acarrea una posible sanción económica y hasta de prisión de sus representantes legales⁶⁴⁷.

Esta opción tampoco deja de ser inviable para el caso ecuatoriano, sobre todo, teniendo el antecedente que en la región ha impuesto la FCPA norteamericana, y que en definitiva, es el mismo que ha inspirado la regulación de la Sapin II. Empero, dado la fuerte línea de legalidad que ha adquirido el COIP al no permitir que fuera de él –en leyes especiales– se impongan conductas penales ni sanciones, deberá vía reforma buscarse esa posibilidad en el propio texto penal.

⁶⁴⁶ Empresas que tengan más de quinientos empleados y su facturación sea de 100 millones de euros.

⁶⁴⁷ MILLER, K., «Francia exige a las empresas la prevención activa de la corrupción», Compromiso Empresarial, disponible en: <https://www.compromisoempresarial.com>

5.4.- Posibilidades en el caso ecuatoriano

En el caso ecuatoriano cualquiera de los tres modelos de exigibilidad de *compliance* podrían ser asumidos. Si se considera la posibilidad administrativa, no afectaría al *non bis in idem*, cuando concurra en la misma persona natural –representante legal o administrador– ese incumplimiento de incorporar el *compliance* con el ulterior delito cometido en el seno de la persona jurídica defectuosa. Se trata de dos sanciones diferentes previstas como excepciones a la prohibición de doble juzgamiento cuando tengan conexión⁶⁴⁸; en este caso, esa regulación que contenga la sanción administrativa sería vía LC y el respectivo reglamento que al respecto emita, y LOEP (esta última normativa en caso de que se introduzca también vía reforma la RPPJ para ciertas empresas mercantiles públicas). Y en el caso de que también luego en sede penal se presente la comisión de un delito atribuible, el procedimiento y por ende las sanciones penales a que haya lugar, serán no como consecuencia de la falta administrativa sino como resultado precisamente de la comisión de la ulterior infracción penal, no verificándose en este caso la identidad del hecho que exige como uno de sus presupuestos la vigencia del *non bis in idem*.

En efecto, si la exigibilidad al igual que en el caso alemán y el frustrado caso español, es de forma genérica al titular del negocio o empresa, o al representante legal o administrador, para el ámbito empresarial bien puede introducirse una reforma a la LC en la que se incorpore la pretendida exigibilidad del *compliance*. Para ello, se plantean dos posibilidades: a) incorporando esa exigibilidad dentro de los deberes de administración de los representantes legales o administradores, o b) redactando una norma independiente que prevea ese particular (que sería lo más factible y práctico), y como consecuencia de cualquiera de estas dos opciones se aplicaría el respectivo procedimiento sancionador previsto en el Reglamento para la Imposición y Gradación de las Sanciones a través del Procedimiento Administrativo Sancionador en el Ámbito Societario⁶⁴⁹.

Concomitante con lo anterior, será también necesario la participación de la SUPERCIAS, en la posibilidad de una regulación preventiva por parte de este órgano de control societario, en el sentido que de forma descentralizada, a través de las Intendencias Provinciales, tenga la potestad y deber para que previo a la autorización del funcionamiento de las compañías sujetas a su regulación y control, exijan y verifiquen como requisito previo *sine qua non*, la demostración al menos del compromiso firmado de la implementación de medidas eficaces de control y vigilancia o *compliance*, requisito sin el cual no se procederá a su aprobación.

⁶⁴⁸ El art. 5. 9 del COIP respecto del principio *non bis in idem*, indica que las sanciones administrativas derivadas de los mismos hechos no vulneran este principio.

⁶⁴⁹ Este Reglamento fue introducido mediante Resolución N°. SCVS-INC-DNCDN-2019-002, Publicada en el Registro Oficial N° 419 del 1 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.supercias.gob.ec/portalscvs/>

Ahora bien, para flexibilizar dicha exigencia, bastaría con acreditar al menos documento escrito y notariado de ofrecimiento de implementación y funcionamiento dentro un plazo determinado por la Superintendencia de Compañías. Y, para el caso de las empresas que se encuentran operando, la opción podría ser viable vía disposición transitoria, en la que, se les conceda un tiempo perentorio para la implementación y funcionamiento.

La aludida exigencia administrativa de medidas de prevención y control, según determinados parámetros, deben requerirse a todas las compañías sean éstas de pequeño, mediano o gran tamaño, con necesaria observación que para las primeras, se verifiquen al menos los requisitos mínimos. A las pequeñas y medianas empresas, el Servicio de Rentas Internas de Ecuador (SRI) las engloba dentro de las PYMES, y las ha definido como el «*conjunto de pequeñas y medianas empresas que de acuerdo a su volumen de ventas, capital social, cantidad de trabajadores, y su nivel de producción o activos presentan características propias de este tipo de entidades económicas*»⁶⁵⁰. Esta definición, bien podría ser considerada para los efectos regulatorios de exigibilidad en sede administrativa o extra penal⁶⁵¹, así como en sede penal.

En cuanto a la segunda posibilidad normativa, es decir la penal, corresponde un debate más profundo en sede de política criminal, dado las connotaciones que el Derecho penal tiene en la vida de los ciudadanos en la medida que restringe su libertad. Sin embargo, la cuestión puede ser viable, en cuyo caso cabría reflexionar una doble posibilidad: a) regularlo como contravención o, b) regularlo como delito doloso o culposo de omisión.

En el primer caso, empleando un mecanismo penal no tan grave, se debería analizar la posibilidad penal de exigencia de implementación del *compliance* vía contravención e independiente del posible delito posterior que se cometa dentro de la persona jurídica en la que se exija su implementación, para lo cual, se adaptarían las sanciones al sistema de penas aplicables para esta clase de infracciones. En el segundo caso, con una regulación parecida

⁶⁵⁰ Servicios de Rentas Internas, disponible en: <http://www.sri.gob.ec/web/10138/32@public>

⁶⁵¹ En Ecuador, la posibilidad extrapenal va tomando cuerpo en materia de prevención de lavado de activos. Así, la Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, mediante Resolución No. SCVS-DSC-2018, expide las normas «Normas de prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos», cuya reciente actualización data de la resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2019-0020, publicada en el R.O 96, 09-diciembre-2019, en las que se puede advertir la necesidad de que las empresas señaladas en el art. 5 de la «Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Lavado de Activos y del Financiamientos de Delitos» (LOPDELAFD), implementen programas de cumplimiento normativos, como se puede observar de lo señalado en el art. 1 de las citadas Normas de prevención, en el sentido de que en ella se regula: «*las políticas, procedimientos y los mecanismos para prevenir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otros delitos, que deberán observar los sujetos obligados o compañías reguladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que se dediquen a las actividades establecidas en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*». Luego, la LOPDELAFD establece en su Reglamento el marco sancionatorio en caso de inobservancia de las obligaciones por parte de aquellas empresas. Sin embargo, aunque si bien existe la advertencia regulatoria en la citada Ley, así como el establecimiento de sanciones en su Reglamento, y la regulación de las citadas Normas, no se puede afirmar que exista una regulación administrativa de exigencia propiamente dicha de los programas de cumplimiento normativo. De ahí que, no existe en Ecuador por el momento, –al menos no con carácter de requerimiento de prevención de delitos– la exigencia administrativa y sancionadora de los programas de cumplimiento, por lo que, es también una posibilidad de *lege ferenda*.

a la que contempla el proyecto español, pero particularizando también la situación de las PYMES⁶⁵².

Respecto a la consideración de si se lo hace a título de dolo y culpa, la técnica a emplearse sería igual a la utilizada en los dos casos analizados (modelo alemán y del proyecto español). En cuyo caso, no se visualiza conflicto con el doble juzgamiento ya que se trata de dos infracciones independientes, uno atribuible a la persona natural y otro a la jurídica y, si de hecho, se da en la misma persona natural representante o administrador la condición de procesado por las dos infracciones, las reglas de los concursos de los arts. 20 y 21 del COIP resolverían la cuestión en buena medida.

Ahora bien, la figura penal a emplearse en este caso, al igual que la fallida pretensión española, sería la omisiva. El sujeto activo sería el representante legal y no el *compliance officer* como alguno se cuestiona⁶⁵³, y ello sin que pudiera presentarse conflictos del doble procesamiento, si es que el legislador decide atribuir al representante legal la obligación de instaurar un programa de cumplimiento en caso de que concurren en aquél las dos infracciones que a su vez den lugar a la RPPJ. Esto, porque si en la primera infracción el representante legal omite culposamente y luego se ve involucrado en un posterior delito atribuible a la empresa a título de RPPJ, y si es que esta primera conducta está desvinculada de la segunda, o son las dos autónomas e independientes, conforme al art. 20 habrá acumulación de penas; luego, si omite la adopción del *compliance* de cara a favorecer dolosamente la posterior comisión delictiva, conforme al art. 21 habrá concurso ideal y por ende la imposición de la pena más grave.

En conclusión, cualquiera de las pretensiones advertidas se dirigen únicamente a las personas naturales que ejercen la representación o la administración (según lo determinen respectivos los estatutos societarios), y no las propias empresas; aunque, de todas formas, serán éstas quienes verán afectados sus patrimonios, toda vez que sus gerentes y administradores no responden más allá del patrimonio de aquellas, amén del derecho de repetición que pudieran tener contra esos administradores o representantes en caso de culpa o imprudencia o manifiestos intereses propios de los que no se beneficie la empresa.

En Ecuador queda servido el debate para analizar la posibilidad regulatoria de exigibilidad del *compliance*, ya que como se ha podido observar, no resulta inviable. Sin embargo, en la

⁶⁵² Como se advirtió, esta consideración es necesaria siempre que se omita dicha cuestión en una futura reforma a la RPPJ que incorpore los programas de prevención, –en donde se prevea las exigencias de esos programas en el caso de las PYMES–. En tal sentido se pueden presentar dos situaciones: por un lado de introducirse lo señalado en la regulación de la RPPJ, ya no sería necesario que en la regulación penal para sancionar el incumplimiento de la adopción del *compliance*, se considere expresamente la situación de las pequeñas y medianas empresas; empero, si dándose la sugerida reforma se omite dicha situación, será necesario entonces, que en la regulación que se pretenda para sancionarlas por su incumplimiento, se haga referencia expresa.

⁶⁵³ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, V., «Penas para las», cit., p. 57.

opción penal, habrá que considerar factores que pueden fomentar voces de protesta entre otras cuestiones, por ejemplo, en defensa de un Derecho penal de última ratio o lo que es igual, en contra de un Derecho penal intervencionista. No obstante, es indudable que dicha posibilidad debe ser debatida en el país bajo necesidad política criminal partiendo, entre otras cuestiones, de la premisa advertida por GÓMEZ TOMILLO, en el sentido de la imposibilidad de introducir el *compliance* si no se lo respalda de sanciones cuando se incumpla su instauración⁶⁵⁴ en el seno de una persona jurídica.

5.5.- Compliance y formas de regulación penal

Dejando de lado la discusión de la posible obligatoriedad penal o administrativa de incorporación del *compliance*, corresponde aquí ir perfilando las posibilidades regulatorias de cara a su acreditación para los efectos penales de la persona jurídica. En este sentido, para efectos de sugerir la posibilidad ecuatoriana, se plantean aquí dos opciones regulatorias. Una que, como en el caso de España, sea el propio COIP quien lo regule estableciendo sus exigencias mínimas; y, otra que, mediante ley especial, como hacen ciertas legislaciones como la chilena, norteamericana e italiana.

No obstante de las dos formas regulatorias, el punto de partida merece reflexión en sede político-criminal. En este sentido, el legislador a la hora de discutir propuestas regulatorias, deberá primero considerar cuestiones de eficacia de cara a establecer la orientación general que les quiera dar. Frente a ello, se sugieren dos opciones: la de un modelo formativo de respeto de la legalidad, basado en valores éticos; y la de un modelo de control basado en la vigilancia⁶⁵⁵. Corresponderá, por ende, al legislador ecuatoriano, atendiendo razones de política criminal, la adopción de una u otra opción.

5.5.1.- Regulación penal codificada

El ejemplo inmediato de codificación lo constituye el modelo regulatorio del CP de España, que establece los presupuestos mínimos de los *modelos de organización y gestión*. Ya desde la reforma de 2010 se comienza en España a perfilar la regulación de los programas de cumplimiento, cuando se señalaba en el art. 31 bis 4, como atenuante a ser considerada para la persona jurídica, el hecho de «*Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse*

⁶⁵⁴ «Compliance penal y», cit., p. 12, este autor advierte respecto de la exigencia de los *compliance*, que parecería no ser posible «imponer un deber jurídico de esa índole si no va respaldado por sanciones en caso de incumplimiento».

⁶⁵⁵ Cfr. NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del», cit., pp. 24-25.

con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». Como se puede observar, España desde 2010 contempló la regulación del *criminal compliance*. De este tema, aunque restándole importancia en materia de RPPJ⁶⁵⁶, también se ocupó la FGE de ese país en la primera Circular sobre esta clase de responsabilidad penal⁶⁵⁷.

A partir de esta primera experiencia de *compliance*, comienza en España el debate doctrinario y jurisprudencial post regulatorio, que tras cinco años de vigencia normativa, suscita en ese país la primera reforma al sistema de RPPJ con la LO 1/2015, de 30 de marzo, en donde de manera más ampliada que la anterior, desarrolla el marco jurídico penal del *compliance*, y esta vez ya no sólo como atenuante sino además como eximente de RPPJ. Asoma por ende, en el actual Código Penal y en el nuevo art. 31bis, una regulación como eximente, en los términos advertidos *supra*.

En este caso asoma el *criminal compliance* como una eximente en los casos de delitos cometidos por el personal de «*primera línea*» de responsabilidad empresarial. En esta primera referencia regulatoria penal se puede observar además, como se ha venido analizando, las exigencias o lineamientos mínimos de este instrumento. Pero a su vez se puede denotar la marcada diferenciación que realiza el legislador español respecto de la participación delictual de las persona físicas y sus exigencias, es decir, prevé en este caso los lineamientos para una categoría de personas que han generado el hecho delictivo.

En el caso ecuatoriano y como también se ha advertido *supra*, la regulación actual del art. 49 también prevé esos dos grupos diferenciado de personas naturales en la comisión del delito para beneficio de una persona jurídica. De ahí que, en un ejercicio comparativo, en la actualidad la citada regulación española podría tener asidero en la primera parte del citado art. 49 que describe a las personas naturales de esa «*primer línea*» de responsabilidad empresarial⁶⁵⁸. Por lo que, en la actualidad, una regulación penal en similar sentido del primer requisito eximente, no sería inviable con la regulación del art. 49 del COIP.

⁶⁵⁶ En la misma línea se sostiene que en esta Circular se le restaba importancia a los programas de cumplimiento a la hora de determinarse la RPPJ. Vid. NEIRA PENA, A., «La efectividad de », cit., p. 473 y ss.

⁶⁵⁷ «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 1.º, 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». Circular 1/2011 Relativa a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por ley Orgánica número 5/2010, pp. 48-49.

⁶⁵⁸ Entre ellos, los propietarios o quienes ejercen su control, los órganos colectivos de gobierno o administración, entre otros.

Luego, un segundo requisito o exigencia penal que sugiere la regulación española, tiene que ver con la supervisión del funcionamiento del *compliance*, así como de su cumplimiento, los que conforme ley deberán estar en manos de un órgano ya sea de su propio seno, o ajeno a ella, en este segundo caso bajo encomienda legal, es decir, formalizada; mientras que para el cumplimiento de ese encargo en el primer caso, se exige autonomía de *iniciativa y de control*⁶⁵⁹. En todo caso esa supervisión y cumplimiento tiene que ver con la eficacia de dichos programas.

La tercera condición ya no versa sobre las exigencias del *compliance* propiamente dicho, sino respecto a su elusión o desentendimiento fraudulentos por parte de quienes cometen las infracciones penales⁶⁶⁰. En este caso, el legislador repotencia la independencia de actuaciones entre persona física y jurídica.

La cuarta y última exigencia que regula el CP español para eximir la RPPJ en casos de los delitos cometidos por las personas de «primera línea», consiste en garantizar que esos deberes de *supervisión, vigilancia y control*, no sean eludidos a título de omisión o que se los ejercite de forma incompleta o insuficiente, en cuyos casos no operaría la eximente penal. Finalmente, se deja abierta la posibilidad para que, en caso de que no se pueda verificar totalmente las cuatro exigencias, al menos su acreditación parcial sea valorada en sede atenuante de las penas⁶⁶¹.

En esta misma ruta reguladora penal del *compliance*, el legislador español aunque no se pronuncia respecto de las medianas empresas, si lo hace respecto de aquellas de pequeñas dimensiones, a quienes para los efectos penales eximentes las define en el numeral 3 del art. 31 bis, como «aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada», y respecto de las que ha dicho que «las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración». Es decir, no hace falta la exigencia ni de un órgano interno con autonomía de iniciativa y control, ni de un órgano externo con delegación legal, lo cual tiene lógica.

⁶⁵⁹ La consideración 2ª número 2 del art. 31 bis., requiere que «la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica», LO 1/2015.

⁶⁶⁰ El tercer condicionante para que opere como eximente radica en que «los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención», LO. 1/2015.

⁶⁶¹ Para que exima la RPPJ además es necesario que 4ª «no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena». LO 1/2015, de 30 de marzo, cit., pp. 27088-27089.

5.5.2.- Regulación en una Ley Especial

Estados como Chile, Italia y Perú adoptan una opción diferente a la del Código Penal español, y han optado por una regulación de los programas de cumplimiento, vía ley especial.

En efecto, en el caso de Chile la Ley 20393 en el art. 3 al atribuir RPPJ, la condiciona «*siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión*»⁶⁶². En ese sentido, luego el mismo artículo establece lo que ha de entenderse por deberes de dirección y supervisión cumplidos, cuando antes de la comisión del delito, «*la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido*»⁶⁶³.

Estas dos primeras menciones son el punto de partida para que en ese país al amparo de la RPPJ, se aborde los programas de cumplimiento vía ley especial, que son regulados en la propia ley como propósitos eximente en el art. 4 y atenuante en el 6. En este país, aunque los programas de cumplimiento no revisten carácter de obligatoriedad, sirven para los indicados propósitos.

Uno de los *elementos* básicos de su configuración legal conforme al art. 4 de la citada ley, consiste en:

1. Que se cuente con un *encargado de prevención*. En términos técnicos consiste en el *compliance officer* u oficial de cumplimiento, que en el caso chileno es designado por la administración de la persona jurídica. En este sentido, de forma similar el CP de España confiere esa tarea de designación al *órgano de administración*, aunque no lo hace expresamente respecto del *compliance officer*, sino de la adopción de modelos de organización y gestión. Sin embargo, ha de asumirse que su designación está implícita en dicha adopción, cuando se indican que esos modelos incluyen las medidas de vigilancia y control. En el mismo sentido, en las dos legislaciones se contempla la necesidad autonómica del personaje. Luego, a diferencia del caso español, la ley chilena regula el período de duración del cargo que desempeñará el *compliance officer*, y que en todos los casos será de máximo seis años (tres años y una prórroga).

La ley chilena señala como prohibición, el ejercicio de labores estrictas de *contraloría o auditoría interna*.

⁶⁶² Ley Núm. 20.393 de 2 de diciembre de 2019, Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los Delitos que Indica.

⁶⁶³ IBIDEM.

Otra de las particularidades regulatorias en el caso chileno, es la consideración del monto dinerario para efectos de la designación de ese encargado de prevención, que no superar las cien mil unidades de fomento⁶⁶⁴ anuales. Esa designación, por ley la puede asumir el propio *dueño, socio o accionista* que tenga el control de la empresa, con lo que esta ley, a su vez, se evita definir a las pequeñas empresas como lo hace el CP de España.

2. La regulación chilena determina que la administración de la persona jurídica debe proporcionar al *compliance officer* los medios y las facultades suficientes para que éste pueda desempeñar sus funciones, tomando en consideración el tamaño y la capacidad económica de la entidad; y, además, faculta el acceso directo a la administración de la entidad a la hora de informar en debida forma las medidas y los planes implementados, así como para rendir cuentas de su gestión⁶⁶⁵.
3. El establecimiento de un sistema de prevención de delitos, cuya tarea le compete al *compliance officer* conjuntamente con la administración. Este sistema no es otro que el plan de prevención de riesgos penales, que involucra por una parte el mapa de riesgos (letra a⁶⁶⁶), el plan de prevenciones (letra b⁶⁶⁷), riesgos financieros (letra c⁶⁶⁸), un código de conducta y canales de denuncia «*whistleblowing*» (letra d⁶⁶⁹) y su divulgación o publicidad dentro de la empresa⁶⁷⁰.
4. Finalmente se establecen obligaciones de supervisión y certificación del sistema de prevención de delitos a cargo del *compliance officer* y de la administración. En el

⁶⁶⁴ Se trata de un sistema reajutable de moneda que va a depender de la inflación o lo que es igual consiste en «*el valor actualizado de una moneda, dependiendo de la inflación*», autorizado por el Banco Central de ese país conforme al art. 35. 9 de la Ley Orgánica que lo regula. «¿La Unidad de Fomento es Dinero?», disponible en: <https://www.clientebancario.cl/clientebancario/educacion-financiera?articulo=la-unidad-de-fomento-es-dinero> En la actualidad una unidad de fomento chilena equivale a 39.92 dólares.

⁶⁶⁵ Ley Núm. 20.393.

⁶⁶⁶ «*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 1º*», art. 4º. 3 a) Ley Núm. 20.393.

⁶⁶⁷ «*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*», art. 4.3 b) Ley Núm. 20.393.

⁶⁶⁸ «*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*», art. 4.3 c) Ley Núm. 20.393.

⁶⁶⁹ «*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*», art. 4.3 d) Ley Núm. 20.393.

⁶⁷⁰ «*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*», IBIDEM.

primer caso, referido a la *efectividad*⁶⁷¹ y, en el segundo, con la necesidad de certificación de los modelos⁶⁷².

El art. 6º por su parte, lo regula como atenuante de responsabilidad, en los casos que una persona jurídica haya adoptado «*antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación*»⁶⁷³.

Más allá de lo que pueda contener o no una regulación extra COIP del *compliance*, en la actualidad esta posibilidad no se compeadece con la idea legalista del COIP, por lo que resultaría inviable.

5.5.3.- Una tercera posibilidad

Como se ha indicado *supra*, en Ecuador, dado el sistema integral penal adoptado desde 2014 en el que se sustrajeron de las diferentes leyes especiales todas las infracciones de naturaleza penal, como explica la exposición de motivos del COIP, al amparo del principio de legalidad, la regulación del *compliance* que en la vertiente atenuante se ha decantado el legislador local, es la mixta, es decir, codificada –como atenuante art. 45.7, d–, y reglada en el Reglamento que se está a la espera de su promulgación, así como en otras normas específicas (art. 49 inciso cuarto COIP), es decir, en el COIP y complementada en Reglamento y en otras regulaciones específicas que bien pueden ser las administrativas, mercantiles y societarias, entre otras⁶⁷⁴. Sin que esta segunda opción implique conflictos con el principio de legalidad. Aunque por la seguridad jurídica que el Derecho penal puede aportar a los modelos internos de prevención, quizá la primera opción resulta más adecuada, no obstante de que se comparta la opinión, en el sentido de que los modelos chileno e italiano

⁶⁷¹ «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», art. 4.4 a) Ley Núm. 20.393.

⁶⁷² «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.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal», Art. 4º.4 b) y c) Ley Núm. 20.393.

⁶⁷³ Ley Núm. 20.393.

⁶⁷⁴ Como había señalado NEIRA PENA, A., «La efectividad de», cit. p. 475, en el sentido de que se regule en el CP « (...) el debido control como una norma penal en blanco, cuyo contenido se complementase con las correspondientes regulaciones mercantiles o administrativas en la materia, según el tipo de persona jurídica, de actividad social, de riesgo delictivo a prevenir etc».

que regulan la RPPJ⁶⁷⁵ en leyes especiales, al señalar los elementos básicos, denotan congruencia con la seguridad jurídica.

En definitiva, y como se ha indicado *supra*, el caso ecuatoriano se trata de un modelo mixto que se lo ha regulado –por ahora como atenuante– parcialmente en el COIP, y se lo complementa mediante una ley penal en blanco, con un Reglamento y con leyes específicas. Esto último de cara a evitar riesgos que pueden ocasionar, como advierte NEIRA PENA, el incurrir en una *regulación legal excesivamente detallada*⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal», en AA.VV., J. Hurtado Pozo (dir.), F. Mendoza Llamapconcca (coord.), *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*, Anuario de Derecho Penal, Lima-Friburgo, 2016, pp. 172-200.

⁶⁷⁶ En este sentido se afirma que: «Si la ley es muy específica en la determinación de los elementos que han de contener los programas de prevención, esto puede suponer una tendencia de las empresas a estandarizar sus medidas de dirección y control, a la vez que se puede dificultar la declaración de responsabilidad penal en relación con aquellas personas jurídicas que cumplen formalmente con unos requisitos legales de mínimos», NEIRA PENA, A., «La efectividad de», cit., pp. 475-476.

III. Programas de cumplimiento

1.- Planteamiento

El epígrafe tercero de este capítulo, dado los fines de este trabajo, constituye un apartado necesario de cara a contribuir con la reflexión local de este instrumento legal, que viene cobrando cada vez mayor trascendencia y generando debate y literatura en los países que lo regulan.

Si como ha quedado advertido en el epígrafe anterior, el *compliance*, o alguna de sus actividades, bien pueden ser alegadas y probadas conforme al COIP, de cara a obtener, ya sea una no imputación, un sobreseimiento, o inclusive, una sentencia absolutoria –pese a que como se ha indicado, en la regulación primaria de la RPPJ no había regulación expresa, y en la actualidad a partir de las reformas únicamente asoma como atenuante–, corresponde entonces ir delimitando la noción *compliance*. Es por eso que, es necesario partir de una delimitación de conceptos entre un *compliance program* y un *criminal compliance*. El primero como género y el segundo como una especie de aquél. El segundo, es el que en el fondo interesa para los propósitos penales en sus efectos preventivos de delitos de cara a eximir o atenuar la RPPJ.

Además, se reflexiona también en este epígrafe cuestiones elementales de los programas de cumplimiento, como la función y las exigencias materiales o sustanciales del *compliance*. Pues, si se busca aprovechar la experiencia comparada extranjera de cara a abogar por una regulación *de lege ferenda* en los efectos eximentes, o por su consideración *de lege lata* pro inocencia de la entidad, no se debe dejar de lado la reflexión de cuestiones materiales o sustanciales de los programas de cumplimiento, para evitar de esta forma la proliferación de programas cosméticos meramente utilitaristas.

Por su parte, la debida diligencia conjuntamente con la figura del oficial de cumplimiento serán objeto de análisis de cara a ir estudiando su posible articulación como parte integrante de un *criminal compliance*, aunque sin desmerecer su importancia que en la actualidad *de lege lata* cumplen en el sistema penal ecuatoriano en determinados casos.

En ejercicio de la misma fórmula metodológica comparativa y la jurídico-dogmática que se ha venido empleando, se ha de abordar el presente análisis haciendo uso de la experiencia regulatoria extranjera, tomando siempre en consideración la realidad y la normativa ecuatoriana de la RPPJ. En síntesis, el objeto de análisis en este apartado, lo constituye algunos conceptos y elementos básicos de un *criminal compliance*, de cara a establecer los

lineamientos generales que más adelante serán abordados de forma puntual en un epígrafe independiente.

2.- Programas de cumplimiento

Asumido, por ahora, como uno de los instrumentos cuyo propósito y objetivo común confluyen en la gobernanza sostenible y eficaz para lograr un control efectivo y luchar contra la criminalidad empresarial, el *compliance* se convierte en una herramienta importante de gestión empresarial *anti-delictus*. Llamado a regirse por parámetros fundamentales que a su vez denotan sus objetivos⁶⁷⁷, merece su tratamiento no solamente con finalidad eximente o atenuante para la propia sociedad⁶⁷⁸, sino, sobre todo, como herramienta de cara a fomentar la cultura de cumplimiento⁶⁷⁹. Es en este último sentido, en el que de forma más contextualizada, su carácter se reduce a dos grandes aspectos centrales que tienen que ver, por un lado, con el ejercicio de la *due diligence* o *debida diligencia* para prevenir y detectar conductas delictivas⁶⁸⁰; y, por otro, con *compliance with the law* o cumplimiento de la ley, estrictamente vinculado con el fomento de la cultura ética de cumplimiento. Principios que se recogen en la mayoría de instrumentos guías de elaboración de *compliance*, y que han sido direccionados en gran medida por la *Federal Sentencing*, en el sentido de dotarles de valía⁶⁸¹. Sin embargo, no es menos cierto que en su contexto penal, como se ha indicado *supra*, se lo ha de entender desde su doble carácter o finalidad, esto es, preventivo y reactivo⁶⁸².

2.1.- Compliance y Criminal Compliance

El concepto comúnmente adoptado de programas de cumplimiento se asemeja al término inglés *compliance*, que como ya se ha indicado, es conocido en el ámbito empresarial

⁶⁷⁷ Aunque se sostiene que el propósito o la pretensión última será siempre evitar posibles responsabilidades. Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El criminal compliance desde la perspectiva de delegación de funciones», en AA.VV., R. Ragués I Vallés, R. Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 59-91; HAUSCHKA, C., *Corporate compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2a ed., C.H Beck, Berlin, 2010.

⁶⁷⁸ Con alusión a aspectos netamente procesales, se destaca la finalidad del *compliance* en España en tres momentos del proceso que van desde la fase de instrucción antes de llevar a enjuiciamiento a la persona jurídica, antes de que se dicte la correspondiente sentencia y, una vez dictada la sentencia, Vid. GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, Circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*, Aranzadi SA, Cizur Menor, 2016.

⁶⁷⁹ Coincide con que la finalidad de los programas de cumplimiento tienen como finalidad la promoción de la cultura de cumplimiento normativo, Vid. NAVARRO HIDALGO, M., «Introducción descriptiva», en AA.VV., Isabel Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 19-42.

⁶⁸⁰ Cfr. GALLEGOS SOLER J., «Criminal compliance y proceso penal: Reflexiones iniciales», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín (dirs.), J. C. Hortal Ibarra, V. Valiente Ivañez (coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L / B de F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 195-229.

⁶⁸¹ Cfr. CARO CORIA, D., «Compliance y corrupción», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 108-129.

⁶⁸² Por todos, Vid. ROTSCH, T., «Criminal Compliance», en AA.VV., H. Achenbach, A. Ransiek, T. Rönna (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4a ed., C. F. Müller, Heidelberg-Munich-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2015, pp. 76-77, traducción libre.

ecuatoriano fuera de las dimensiones penales. Mucho se ha escrito fuera de las fronteras ecuatorianas respecto de esta figura como instrumento de gestión; no obstante, en los últimos tiempos se viene empleando la denominación *criminal compliance* para referirse al mismo instrumento pero en su función neutralizadora de los riesgos penales⁶⁸³. Y aunque, hay quienes no comparten esa especialización penal, cada vez son más las referencias al *criminal compliance*.

Respecto de la denominación genérica *compliance program*, y específica *criminal compliance*, pese a que se afirme por algunos que esta distinción se trata de una cuestión de moda⁶⁸⁴, en la práctica de la RPPJ puede resultar necesaria. En efecto, en materia de RPPJ, en las regulaciones donde han sido implementadas las medidas de prevención, se exige por lo general para los efectos eximentes o atenuantes, ciertos parámetros mínimos. De ahí que, se pueda colegir, que no necesariamente se requiera que las personas jurídicas para los propósitos penales estructuren un completo *compliance program*, bastará un *criminal compliance*, eso sí, eficaz. Con otras palabras, la diferenciación marca un tratamiento no penal y uno penal del *compliance*, y esto independientemente de su denominación en las distintas legislaciones⁶⁸⁵⁻⁶⁸⁶. Aunque también, hay quienes consideren que más que una «*propuesta dogmática nueva, es una promoción de servicios técnicos a disposición de nuevos clientes*»⁶⁸⁷, o inclusive, que se trata de un «*cliché para refrescar y profundizar los problemas supremos del derecho penal económico*»⁶⁸⁸. Empero, como bien se afirma, *compliance* no es exclusivo del ámbito penal, es también del laboral, ambiental, financiero, industrial, etc., sin embargo, parece acertado señalar que es el penal el ámbito que le ha dado «*notoriedad*», dado el debate que está generando a partir de la introducción regulatoria en varios países de la RPPJ.

Compliance y *criminal compliance* son dos instrumentos diferenciados por su generalidad y su especificidad⁶⁸⁹. El primero, conocido también como *compliance program* o *corporate compliance*, se trata de un programa completo que incluye o no al *criminal compliance*. No obstante, se puede acudir a cualquiera de los dos a la hora de que se los quiera utilizar para

⁶⁸³ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal», Tesis Doctoral, Universidad de Coruña, 2015.

⁶⁸⁴ Cfr. ATAHUAMAN PÁUCAR, J., «La fundamentación de», cit., p. 117.

⁶⁸⁵ Así por ejemplo, entre las denominaciones constan las de *effective compliance programs* o simplemente *compliance* en los Estados Unidos de Norteamérica, *modelli di organizzazione* en Italia, *modelos de prevención de delitos* en Chile, *modelos de organización y gestión* en España, *programa de cumplimiento normativo* en México o, simplemente *modelo de prevención* como el caso peruano,

⁶⁸⁶ En España la denominación que toma el *compliance* sería una *flagrante copia del modelo italiano*, Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 248.

⁶⁸⁷ Por todos: CLEMENTE CASAS, I., ÁLVAREZ FEIJOO, M., «¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbre y llamado por la seguridad jurídica)», *Actualidad Jurídica Uría-Méndez*, 28/11, p 2, disponible en: www.uria.com

⁶⁸⁸ BALCARCE, F., BERRUEZO, R., «Criminal Compliance y», cit., p. 138.

⁶⁸⁹ En este paralelo, se considera también al *criminal compliance* como una derivación de algo más genérico, el *corporate governance*. Vid. BALCARCE, F., BERRUEZO, R., «Criminal Compliance y», cit., p. 136.

atenuar o eximir la responsabilidad penal de la empresa, siempre que se acrediten los criterios mínimos exigidos por la respectiva normativa que los regulen. Sin embargo, puede entenderse su diferenciación cuando se lo aborda al primero, como un dispositivo interno del que se sirven las personas jurídicas para cumplir con la legalidad, y al mismo tiempo para prevenir y detectar vulneraciones o infracciones a la normativa que se cometan dentro o ellas o en el ejercicio de las actividades a las que se dedican⁶⁹⁰, y que han llegado a convertirse en una especie de manuales para elaborar el *criminal compliance*⁶⁹¹, en la medida de que aquellos articulan las fases de estructuración también de éstos (proceso de formación de la voluntad, Código de ética, mapa y gestión de los riesgos, sistema de sanciones, incentivos y procedimientos, canal de denuncia, oficial de cumplimiento, entre otros). No obstante, el empleo de los dos términos suelen fundirse a la hora de referirse a los programas de cumplimiento en el campo penal. Así, por ejemplo, entre las innumerables definiciones que al respecto se han elaborado, consta aquella que define al *corporate compliance* como aquel conjunto de procesos o de procedimientos y buenas prácticas llevados a cabo en un empresa, de cara a identificar y clasificar los riesgos de que se les impute algún delito, y también de cara a establecer mecanismos internos para prevenir, detectar, minimizar y controlar esos riesgos⁶⁹². Es decir, se trata de medidas estructurales que adoptan las empresas para gestionar de forma correcta su actividad para minimizar y prevenir riesgos por su incumplimiento normativo⁶⁹³, y que de no observarlas, les puedan acarrear responsabilidad penal tanto a la empresa, como a directivos y empleados. En esta definición se puede observar claramente la fusión general y específica penal del *compliance*.

Que *compliance* provenga de la lengua inglesa, y aunque luego reciba distintas denominaciones en cada legislación, implica el necesario conocimiento de su raíz para efectos de un primer acercamiento a esta figura, pues, al ser un término importado, requiere una necesaria orientación en el sentido de su significado, amén de que como se dijo, las críticas al respecto lo tilden de ser un término inexpressivo⁶⁹⁴. Así, en su vocablo originario, asoma en Norteamérica la denominación *to comply with*⁶⁹⁵, que traducido literalmente al español equivale a «*para cumplir con*», aunque otra traducción la agrupa en un sólo verbo «*cumplir*»; lo que en esencia, para algunos autores, la fórmula sería «*cumplir con*»⁶⁹⁶. Aunque

⁶⁹⁰ Vid. CLAVIJO JAVE, C., «*Criminal Compliance* en el Derecho penal peruano», disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe>

⁶⁹¹ Vid. BALCARCE, F., BERRUEZO, R., «*Criminal Compliance* y», cit., p. 160.

⁶⁹² Pese a que la autora define de esta forma al *corporate compliance*, su definición parece estar referida al *criminal compliance* ya que contiene una clara tendencia penal. NAVARRO HIDALGO, M., «*Introducción descriptiva*», cit., p. 28.

⁶⁹³ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «*El criminal compliance*», cit. p. 60.

⁶⁹⁴ Vid. BALCARCE, F., BERRUEZO, R., «*Criminal Compliance* y», cit., p. 139, en este sentido este autor citando a ROTSCH sugiere que se trata de un «*concepto de moda vacío en su contenido cuya trascendencia, a decir verdad, es falsa, pues pese a reflejar ciertamente una realidad, lo hace de un modo tan críptico que se le atribuye una trascendencia y complejidad de la que en realidad carece*».

⁶⁹⁵ IBIDEM.

⁶⁹⁶ GARCÍA CAVERO, P. «*Compliance y lavado de activos*», *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, disponible en www.ciidpe.com.ar; KUDLICH, H., «*Compliance mediante la punibilidad de asociaciones*», en AA.VV, L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortiz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-

también, luego de su recorrido al alemán pasando por el español⁶⁹⁷, se lo asume como «*lo que es jurídicamente debido*»⁶⁹⁸. De lo referenciado, se deduce que en sí el término *compliance* entraña cumplimiento, y en este sentido interesa para los fines de abordarlo tanto en este trabajo, cuanto en su anclaje en el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano.

Luego, el *compliance* al ser asumido como un instrumento de cumplimiento normativo o cumplimiento de la legalidad, de cara a ejercitar en el interior de las empresas la prevención y detección de infracciones penales, como se ha dicho, ha merecido una especificidad, o al menos una denominación propia del área, siendo comúnmente adoptada por la doctrina penal, la de *criminal compliance*, que difiere por ejemplo, de otros como el *legal compliance* propio del Derecho de la empresa⁶⁹⁹, o *anti-trust compliance*, *tax compliance* o *trade compliance*⁷⁰⁰, no obstante, su vinculación con el Derecho⁷⁰¹ es el común denominador.

Sin necesidad de abundar en definiciones al respecto, conviene aquí centrar la relación y diferenciación de un *compliance* en sentido genérico respecto del *criminal compliance*. Entendido el primero, en sentido más genérico como *legal*, característico del derecho empresarial⁷⁰², se lo concibe como una herramienta de cumplimiento empresarial, pero no en estricto sentido de la ley penal, sino de todo el sistema reglamentario de la empresa, que al igual que los otros tres advertidos *supra* termina cobijando el Derecho propio de cada actividad. Luego, todas aquellas concepciones han de tener cobijo primero en el Derecho administrativo sancionador a la hora de descubrimiento y sanción de las infracciones⁷⁰³; para finalmente, vía regulación de la RPPJ, pasar al ámbito penal de donde tiene sustento su denominación *criminal compliance*.

Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, pp. 283-300. Aunque también se lo asuma en su traducción «de conformidad con», BOCK, D., «Compliance y deberes de vigilancia en la empresa», en AA.VV., L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortiz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 107-122.

⁶⁹⁷ En este sentido sea bien traída la explicación que «*En inglés americano aparece como explicación esencial: 'to comply = to act in accordance with a command; request, rule, wish or the like'. El derivado interesante, que al final tiene su origen en el 'complire' italiano y el 'cumplir' español, que -y eso no carece de interés- se traduce como 'to do what is proper', en alemán: '¡Tun, was sich gebört!*», PRITTWITZ, C., «La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*», en AA.VV., L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortiz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 207-218.

⁶⁹⁸ BALCARCE, F., BERRUEZO, R., «Criminal Compliance y», cit., p. 139.

⁶⁹⁹ Así en esta rama se lo define como «*aquella actividad (acción) que tienen por objeto lo ordenado por aquel que lo dicta y, más concretamente, por el cauce de expresión de aquello que hace surgir la obligación, es decir, una actividad de aquel que goza de imperio, la expresión reguladora del mismo, o de aquello que mediante expresión de la voluntad acordada hace surgir el cumplimiento, es decir, legal compliance se refiere necesariamente a la actividad de obediencia de la norma, pactada, impuesta o acordada, por lo que ontológicamente es una actividad incardinada en el área del Derecho, entendido éste como ciencia que estudia el conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y orden*», BALCARCE, F., BERRUEZO, R., «Criminal Compliance y», cit., p. 140.

⁷⁰⁰ El primero de ellos referido al Derecho de la competencia; el segundo, referente al tributario; y el tercer referente a las normas de comercio exterior, BALCARCE, F., BERRUEZO, R., «Criminal Compliance y», cit., p. 157.

⁷⁰¹ Vid. TEIJEIRA RODRIGUEZ, M., «*Legal compliance: Conceptualización en el marco de la regulación corporativa*», en AA.VV., M. J. Morillas Jarilleo, M. Del P. Perales Vilcasillas, L. J. Porfirio Carpio (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Getafe, 2015, PP. 935-948; de parecer similar: BALCARCE, F., BERRUEZO, R., «Criminal Compliance y», cit., p. 157.

⁷⁰² Dentro del cual se asume al *compliance* con el significado de *autovigilancia*. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J., «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en AA.VV., L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortiz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 79-106.

⁷⁰³ Vid. KULHER, L., «Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho penal», en AA.VV., A. Nanzer (trad.), L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortiz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 51-78.

Si Ecuador carece de una cultura de *compliance* en sentido genérico o *compliance program*, el *criminal compliance* es una figura totalmente desconocida. De ahí que, se hace más que necesario, incentivar o contribuir en su análisis dogmático para efectos de sugerir un tratamiento equitativo y garantista del debido proceso en el procesamiento a las personas jurídicas.

Por su parte, dado el contexto de este trabajo que engloba el sistema de RPPJ, el abordaje de este instrumento será en el término específico de *criminal compliance*, respecto del cual, legislador ecuatoriano se ha decantado por su denominación en español «*Sistemas de integridad, normas, programas o políticas de cumplimiento*».

De ese *criminal compliance*, se dice en términos generales, que se trata de un instrumento que sirve para prevenir la comisión de infracciones *penales*, y si de hecho no se las previene, al menos detectarlas para neutralizarlas, y de esta forma asumir esa *posición de garante*⁷⁰⁴ de la ley penal en el seno de una actividad empresarial o de la persona jurídica. Esta terminología, hasta ha sido abordada en términos científicos, como la ciencia que «*se ocupa por tanto de las cuestiones de la responsabilidad empresarial, esto es, de las medidas que de la dirección empresarial en el marco de su deber de supervisión, debe haber adoptado para la evitación de infracciones de deberes jurídicos por sus empleados*»⁷⁰⁵. En términos generales, el *criminal compliance* está llamando a su contribución *científica* de prevención y detención delictual en el seno de una empresa, sobre todo, a servir de instrumento eximente o atenuante de esa responsabilidad por defectuosa organización.

En su acepción *criminal*, el *compliance* pasa a vincularse no solamente con cuestiones básicas de Derecho penal económico⁷⁰⁶, sino además, con otras propias del Derecho penal tradicional. Esto porque en Ecuador, por ejemplo, dentro del *numerus clausus* o de esos «*supuestos*» o infracciones atribuibles, se visualizan delitos contra la vida (aunque enmarcados dentro de los delitos contra la humanidad y otros similares). De ahí que, le tocará al *criminal compliance* abordar cuestiones relativas a bienes jurídicos primarios como la vida por ejemplo, aunque ese condicionante *provecho* o *beneficio* que se requiere para la determinación de la responsabilidad penal junto con el contexto de persona jurídica, terminan derivando en el señalado Derecho penal económico con las subsiguientes categorizaciones que esa materia implica.

En resumen, para clarificar la diferencia entre el género y la especie *compliance*, se ha de advertir que aunque los dos se refieren a modelos de organización y gestión, no obstante, el

⁷⁰⁴ Cfr. PRITTWITZ, C., «La posición jurídica», cit., p. 207 y ss.

⁷⁰⁵ BOCK, D., «Compliance y deberes», cit., p. 108.

⁷⁰⁶ Vid. BALCARCE, F., BERRUEZO, R., «Criminal Compliance y», cit., p. 159

criminal compliance centra su objetivo primordial en la prevención de riesgos penales, mientras que el *compliance program* centra su objetivo en la prevención de riesgos normativos en general.

Finalmente, aquí se aborda la denominación *criminal compliance* para referirse a los programas de cumplimiento penal, cuya necesidad regulatoria penal como eximente, constituye uno de los puntos de partida de este trabajo, no obstante de la necesidad también de partir de ciertos estándares que como se indicó en su momento, forman parte del genérico *compliance program*.

3.- Funciones del *Compliance*

Brevemente se ha de indicar, que por lo general, entre las distintas regulaciones, las funciones del *compliance* siempre concuerdan en dos ámbitos bien definidos que tienen que ver, por un lado, con su lógica preventiva –antecedente–, pero también con su lógica preventiva *post delictual*⁷⁰⁷. Se trata de su asunción penal, en el que, las funciones que cumplen los programas de cumplimiento se verifican dentro de sus objetivos eximentes o atenuantes de infracciones en el seno de una persona jurídica. Dentro de los primeros, la función es eximente de RPPJ, que como se advierte, puede ser a título de exclusión de la punibilidad⁷⁰⁸, o de causa de justificación de la tipicidad⁷⁰⁹; dentro de los segundos, atenúa la RPPJ.

Sin embargo, de una mirada a otras regulaciones, en Italia asoma una función sustitutiva de las medidas cautelares, en cuyo sentido, el *compliance* cumpliría una función también en el plano procesal, en el que servirá para analizar a la luz de cuestiones de prevención, los peligros de reincidencia que pueden paliarse con su establecimiento. De ahí que, conforme a la regulación italiana, puede servir también para evitar la aplicación –o suspenderlas cuando han sido interpuestas⁷¹⁰– de las medidas cautelares del art. 45 del Decreto 231⁷¹¹.

En Ecuador, la función eximente del *compliance* pasa por la futura voluntad legislativa de adoptarlo. Lo ideal hubiese sido, que se lo introduzca también en sus funciones eximentes y no solamente atenuantes. Aunque también la opción cautelar italiana no presenta reparos en

⁷⁰⁷ MAZZACUVA, F., «Funciones y requisitos», cit., p. 71 y ss.

⁷⁰⁸ La FGE-E, en la Circular 1/2016, sostiene que «El defecto de organización, construido por el legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa, que vulneraría el artículo 5 del Código Penal».

⁷⁰⁹ STS 154/2016 de 29 de febrero.

⁷¹⁰ En este caso, «el juez, oído el ministerio público, si decide acceder a lo solicitado, fijará una suma título de caución, dispondrá la suspensión de la medida y señalará el plazo para la realización de las actuaciones reparadoras», MAZZACUVA, F., «Funciones y requisitos», cit., p.75.

⁷¹¹ IBIDEM.

el sistema procesal ecuatoriano, de cara a ir ampliando el estatuto procesal de la persona jurídica sujeto pasivo del proceso penal.

4.- Eficacia como exigencia material o sustancial del *criminal compliance*

El *criminal compliance* como instrumento de cara a eximir la responsabilidad penal, merece cuidadoso análisis en la configuración de sus requisitos legales. Esto por tratarse de algo totalmente desconocido en el ámbito penal ecuatoriano y, además, por cuanto en las empresas locales, al no ser común observar una fuerte cultura de *compliance*, cualquier término incorrecto en su redacción regulatoria puede generar ambigüedad o disfuncionalidad y, por ende, suscitar inconvenientes a la hora de sus propósitos penales. De ahí que, aspectos materiales o sustanciales del *compliance* merecen ser abordados con la responsabilidad que el caso amerita.

4.1.- La eficacia del *criminal compliance*

Entendida la eficacia, en términos comunes, como la capacidad de obtener un resultado o efecto que se espera o se desea⁷¹², permite a su vez, entender el alcance de la voluntad legislativa al exigirla dentro del *compliance*. En efecto, la eficacia ya dentro del *criminal compliance*, ha de referirse a la necesidad de acreditar una cultura de cumplimiento en la persona jurídica en la que se pretenda acreditar. Es decir que, en ejercicio de la *due diligence* la empresa debe tener incorporada una cultura de cumplimiento que le permita prevenir y detectar comportamientos ilícitos de su personal. Pero ¿qué sucede si a pesar de ello se verifica la comisión de un delito? Sencillamente operaría la eximente o atenuante en su caso, ya que la eficacia no implica garantía total de evitación del riesgo, sino como indica su definición común, *lo que se desea o se espera* que suceda; en este caso, lo que se espera es que el programa de cumplimiento permita minimizar el riesgo de comisión y detectar un delito. No obstante, al parecer se trata de una situación un poco compleja que tiene implicaciones directas en materia probatoria, amén de que cale la idea de las certificadoras externas, las que de todos modos deberán ser cuidadosas de cara a evitar instrumentalizaciones, y no deben estar exentas de regulación ni de cuestionamientos probatorios.

⁷¹² Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=EPQzi07>

De lo indicado, hay que reflexionar lo que se debe considerar en su implementación, para efectos de que un programa de cumplimiento resulte eficaz. Y es que, la eficacia se trata de algo que sobre la base de las exigencias regulatorias –que por lo general exigen programas eficaces–, deberá observarse a la hora de su implementación de cara a evitar *modelos etiquetas o cosméticos*. En tal sentido, deberán observarse parámetros objetivos que permitan verificarla. De ahí que, por un lado, se plantea la exigencia de comprobación de los elementos con los que cuenta la persona jurídica para prevenir y reaccionar ante posibles infracciones penales; y, por otro, el historial de cumplimiento que tenga instaurado en su interior⁷¹³, referido este último caso a los antecedentes sancionadores documentados.

Pero ¿qué sucede si no obstante de aquello se sigue verificando la comisión de un delito? Se deberá comprobar si *esa conducta estaba controlada o no*⁷¹⁴. Pero si lo estaba y aún así existe un delito de contaminación, por ejemplo, ¿el programa no debe ser considerado eficaz? Bajo la premisa que no hay riesgo cero, y de verificarse objetivamente los parámetros de eficacia, ha de asumirse que la empresa ha tenido implementada una cultura de cumplimiento de la legalidad, por ende, la eficacia surtirá los efectos eximentes. Luego, esa eficacia en caso de atenuación de la pena se convierte en un elemento decisivo⁷¹⁵ del *compliance* también para estos propósitos⁷¹⁶.

Juntamente con la eficacia de las medidas de vigilancia y control del *compliance*, asoma en algunos casos⁷¹⁷ la exigencia expresa de una idoneidad de las medidas de vigilancia y control. No obstante, la idoneidad asoma como un elemento no diferente de los fines eficaces, es decir, que para lograr la eficacia de un *criminal compliance*, seguramente tendrá que ser idóneo. De ahí que bastaría la referencia legal a la exigencia de eficacia para revestirlo de los fines eximentes o atenuantes, según sea el caso.

4.1.1.- La eficacia en el actual escenario de la RPPJ en Ecuador

⁷¹³ Cfr. GALLEGO SOLER J., «Criminal compliance y», cit., p. 222. En este sentido se plantea el autor respecto de los elementos de prevención y reacción la necesidad de analizar los elementos sobre los que se ha estructurado el programa, como por ejemplo, los riesgos reales, la participación de penalistas en la elaboración o supervisión del plan, el acceso a la realidad material de la organización; el cumplimiento de estándares internacionales; y, la predisposición de recursos personales y materiales suficientes.

⁷¹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., «Compliance, debido control y unos refrescos», en AA.VV., L. Arroyo Zapatero (dir.), A. Nieto Martín (coord.), *El derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 111-136.

⁷¹⁵ Vid. FARALDO CABANA, P., «Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal», en AA.VV., J.L. Gómez Colomer (dir.); C. M. Madrid Boquin (coord.), *Tratado Sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157-180.

⁷¹⁶ Referida en este caso, a la atenuante cuarta del art. 31 quarter, que exige «d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica», BOE, «Código Penal».

⁷¹⁷ Como en el art. 31bis. 2. 1º del CP de España, por ejemplo.

A partir de las reformas de 2021, un *compliance* o una actividad de *compliance*, en la medida que posea un departamento o un órgano de cumplimiento con autonomía (entidades grandes), o un responsable de cumplimiento (PYMES) surtirá los efectos atenuantes de RPPJ en Ecuador. Luego, pese a que no se encuentren exigidos ni en el art. 45.7,d), ni en el art. 49 del propio COIP, los criterios de idoneidad, eficacia y efectividad se convierten en parámetros indispensables que pueden ser cobijados por el principio de pertinencia de la prueba del art. 454.5.

5.- La diligencia debida

En el ámbito de la RPPJ, la diligencia debida constituye la exteriorización del *principio de confianza* dado lo riesgoso de la actividad empresarial, sobre todo en actividades sensibles como la de minería, y en toda actividad que tenga efectos directos o indirectos en el medio ambiente⁷¹⁸. En un modelo de responsabilidad penal como el ecuatoriano, que, basado en el principio de culpabilidad, abarca a las personas naturales y jurídicas, esa responsabilidad puede ser consecuencia de conductas activas u omisivas; es en el ámbito de estas últimas, donde se mueve la RPPJ independientemente del actuar activo y omisivo de la persona natural que delinque en su seno. En este sentido, el COIP luego de advertir en la primera parte el art. 23 las modalidades de las conductas penales, señala que constituye un acto penalmente relevante, el no impedir un acontecimiento cuando se está obligado jurídicamente a hacerlo. De ahí, tanto la persona natural como jurídica tienen que observar el deber objetivo de cuidado que la ley penal impone.

Ahora bien, en el ámbito de la RPPJ y concretamente del *compliance*, ese riesgo en el que por lo general las empresas siempre se desenvuelven en mayor o menor medida según el ejercicio de sus actividades, debe ser asumido con la debida diligencia para evitar incurrir en lesiones a bienes jurídicos de diversa índole, los que potencialmente pueden verse afectados por las actividades que desarrollan. Es allí donde asoma la *debida diligencia* para que, al asumir los riesgos propios de su actividad, una persona jurídica pueda eximir su responsabilidad penal.

En efecto, la *debida diligencia* que tome una persona jurídica, muy a pesar de que se excedan los riesgos y se cometan infracciones delictivas dentro de su seno, permitirá que no se la responsabilice penalmente, y esto porque, precisamente, esa persona jurídica ha previsto el riesgo y lo ha asumido con responsabilidad y diligencia en aras a evitarlo, adoptando para

⁷¹⁸ Cfr. CARRIÓN ZENTENO, A., «Derecho ambiental y compliance en el sector minero», en AA.VV., H. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 167-173.

ello una serie de actuaciones que permitan a su vez, asumir que ha actuado consciente y precavidamente bajo parámetros que cobija el *principio de confianza*.

Pero para que esa *debida diligencia* sea admitida por los operadores de justicia, deberá ejercitarse a través de un *compliance* adaptado a las necesidades de la persona jurídica; y sobre todo, al manejo acertado de los riesgos que implican la actividad que asumen, en consideración con el sector empresarial y acorde a las regulaciones nacionales sobre la materia y a la ley penal. Precisamente por eso existen ciertas reglas básicas que se recomiendan observar, como por ejemplo, «*la información relevante, el análisis de los riesgos específicos en cada región de actividad, la valoración del riesgo en relación al objetivo de la empresa, y el compliance organisation*»⁷¹⁹, entre otras.

Empero, no obstante de lo indicado, no basta con la simple adopción de un *criminal compliance* para asumir que se ha observado el principio de confianza en el actuar del personal de la empresa y, consecuentemente, pretender eximir su responsabilidad penal; se requiere, además, la adopción de medidas selectivas responsables y minuciosas a la hora de elegir al oficial de cumplimiento⁷²⁰. Si no se tiene diligencia en eso, por más que se tenga un *criminal compliance* correctamente incorporado y, por ende, en caso de que se verifiquen infracciones penales acaecidas por el actuar defectuoso del *oficial de cumplimiento*, por aspectos como su inadecuada formación técnica, académica o ética, de todas formas la persona jurídica responderá penalmente por no haber previsto esa situación, y sin que pueda justificar su actuación bajo el citado principio de confianza.

Al hilo de lo advertido, tres son las áreas a evaluarse con el *due diligence*: la integridad y debida diligencia (*integrity due diligence*), la diligencia debida de cumplimiento (*compliance due diligence*), y el cumplimiento y evaluación de terceros (*Third-Party Compliance and Assessments*)

El ejercicio de la debida diligencia deberá observar como mínimo una metodología básica, que implique cuestiones que versen sobre clasificación del caso, que comienzan desde la recepción del requerimiento que llega desde el negocio o compras que vayan a realizar para ir clasificándola; definición del alcance, en el que se persigan estrategias para la búsqueda de información; adquisición de inteligencia, que por lo general, encierra un conjunto de actuaciones como la información inicial, la remisión de cuestionarios, bases de datos, búsquedas en la web, búsqueda de problemas o *screening*, fuentes humanas para encuestas, entrevistas, entre otras; el análisis, en el que se identificarán aspectos relevantes como los riesgos para saber si se los podrá gestionar o mitigarlos, este análisis se lo deberá realizar

⁷¹⁹ CARRIÓN ZENTENO, A., «Derecho ambiental y», cit., p. 171.

⁷²⁰ Cfr. CARRIÓN ZENTENO, A., «Derecho ambiental y», cit., pp. 171-172.

sobre toda la información que se disponga tomando en consideración la confianza que se tenga de esa información, así como la naturaleza y la duración del negocio. Además, en el análisis se irán plantando las «*banderas rojas*» que permitan abordar los problemas con los que se encuentre. Finalmente, dentro de las recomendaciones surgidas a la luz de ese análisis, se elaborará un informe final que contendrá las conclusiones bajo parámetros que pueden ser aceptables o no aceptables, cuestiones que están al límite y que requieren planes de remediación⁷²¹.

La diligencia de debido cumplimiento o *compliance due diligence*, articula a su vez, una serie de actuaciones que tienen que ver con evaluaciones de políticas y procedimientos que se han venido observando con la realización de controles internos, para identificar potenciales riesgos que tengan que ver con el cumplimiento de leyes o normativas anticorrupción o penales; así como con asuntos de preocupaciones de su cumplimiento o incumplimiento. En caso de identificarse posibles riesgos en la oportunidad del negocio, es recomendable abordar planes de remediación, al igual que tener un entendimiento de la oportunidad dentro del negocio, los riesgos propios del sector industrial y del país en su contexto. Este análisis debe partir desde el código ético o de conducta, pasando por las políticas anticorrupción, las políticas de regalías o regalos, los gastos de representación⁷²². Además, se deberá analizar la o las brechas o diferencias que existen entre el rendimiento real de la empresa con el que aspira o el potencial, en aras a usufructuar en debida forma, los recursos que dispone y adoptar medidas encaminadas a lograr objetivos propuestos (*Gap Analysis*). Finalmente, se requiere armar o rearmar toda una estructura de cumplimiento empresarial, así como la elaboración o readecuación de verdaderos planes de formación⁷²³. De ahí que, la *debida diligencia* para prevenir y detectar delitos, constituye uno de los principios fundamentales que se debe observar a la hora de articular un programa de cumplimiento.

5.1.- Debida diligencia y Código Orgánico Integral Penal

Ahora bien, corresponde en este estado reflexionar esa *debida diligencia* en el caso ecuatoriano. Así, por un lado, la regulación actual del art. 49 del COIP como en el caso de España⁷²⁴, permite apreciar que la RPPJ se fundamenta en la vulneración a la *debida*

⁷²¹ Vid. TANCO TUZA, J., «Conceptos Básicos en la gestión de terceras partes», UNIR, disponible en: <https://www.unir.net>

⁷²² Como por ejemplo, viajes, comidas, hoteles y toda actividad protocolaria que demande subrogaciones monetarias para la persona jurídica, cfr. IBIDEM.

⁷²³ Cfr. IBIDEM.

⁷²⁴ Una regulación en este sentido se observa en el art. 31 bis b) del CP., según el que la persona jurídica responderá vía RPPJ, «De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

diligencia, cuando se atribuye responsabilidad a las personas jurídicas como consecuencia de delitos cometidos por parte de quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión⁷²⁵. En este caso, parece que la debida diligencia entendida por la RAE como un «conjunto de precauciones que la ley o el buen sentido aconsejan adoptar en el desarrollo de una actividad para evitar daños previsibles»⁷²⁶, demanda precauciones en las actividades de administración, de dirección y de supervisión por parte de las personas naturales a quienes la propia persona jurídica les ha encargado esas labores de cara a evitar la comisión de delitos atribuibles. Es decir, en este caso es la propia ley penal la que exige la toma de precauciones a los responsables de esas actividades, so pena de que se active en su contra y contra la persona jurídica, el sistema ecuatoriano de responsabilidad penal. Se trata de una observación de la *debida diligencia* por parte de las personas naturales de la «primera línea» de imputación.

Luego, esa *debida diligencia* en la «primera línea» presenta un cuestionamiento que debe quedar zanjado. En efecto, en la vía de imputación advertida, asoma una regulación que parece prever la exigencia de esa *debida diligencia* únicamente en quienes estén encargados de esas tres actividades advertidas *supra*, esto es, administración, dirección y supervisión; en tal sentido hay que cuestionarse ¿se deja por fuera de la exigencia de *la debida diligencia* a las otras personas expresamente indicadas en el art. 49, que sin ejercer esas actividades cometan un delito atribuible a la persona jurídica?, como por ejemplo, los que ejerzan derechos de propiedad de la persona jurídica, los apoderados, los mandatarios, los representantes legales o convencionales, agentes, los operadores, los factores, los delegados, así como los ejecutivos principales.

La redacción del art. 49 parece sugerir que únicamente en quienes actúan bajo los encargos de administración, dirección y supervisión, es exigible observar *debida diligencia*; en tanto que, en las demás personas de la «primera línea» bastará la comisión de un delito atribuible y para beneficio de la persona jurídica, para que se active la RPPJ.

Por otro lado, el control al que se refiere el art. 49, no parece ser aquel que quizás se pueda prever en la *debida diligencia*, en el sentido de controlar las correctas actuaciones del personal de la persona jurídica; sino que parece referido bajo el sinónimo de dominio o poder. De ahí que, tampoco se exigirá *debida diligencia* en quienes, sin ser propietarios, tengan el dominio o poder de la persona jurídica, bastará con la comisión de un delito atribuible y la verificación de los otros presupuestos del art. 49 del COIP.

⁷²⁵ Art. 40 COIP.

⁷²⁶ Diccionario del Español Jurídico, disponible en: <https://dej.rae.es/lema/diligencia-debida>

De su lado, respecto de las labores de gestión por parte de terceros, tal y como ha redactado el legislador, parece ser que tampoco es imprescindible observar en ellos la *debida diligencia* como presupuesto de la RPPJ, bastará al igual que los casos anteriores, la verificación de los otros presupuestos de RPPJ.

Luego, en las personas que forman parte de la «*segunda línea*» de imputación, indudablemente que la *debida diligencia* se convierte en un presupuesto necesario para la RPPJ. Esto porque, de no ser así, se corre el riesgo de sancionar injustamente a una persona jurídica por actos aislados de trabajadores, quienes pese a que respecto de ellos se haya ejercido *supervisión y dirección*, cometan delitos atribuibles por su cuenta propia y para beneficio de la persona jurídica. Es decir, en este caso *la debida diligencia* exige la adopción de precaución necesaria por parte de las personas naturales de la «*primera línea*» al momento de impartir órdenes o instrucciones a los trabajadores de la persona jurídica de la «*segunda línea*».

Como se observa, pese a que la actual regulación del art. 49 del COIP permite asumir que en la «*primera línea*» de imputación debe observarse en ciertos casos, esa *debida diligencia*, y en la «*segunda línea*» siempre; si se quiere asumir el modelo de autorresponsabilidad habrá que centrar la mira en el resultado objetivo de esa *indebida diligencia* –la defectuosa organización de la persona jurídica en materia de dirección, administración y supervisión–, independientemente de la actuación inicial de las personas naturales generadoras de ese «*hecho de referencia*». Lo contrario, sería seguir contribuyendo a la incertidumbre de no saber frente a qué modelo de imputación se está. Luego, la prueba será la verificación pericial ya no del actuar no diligente de la persona física, sino de la constatación objetiva de esa defectuosa organización que permitió que la persona natural actúe de forma no diligente.

Lo expuesto permite redirigir siempre la mirada a la defectuosa organización. Pero, ante la no regulación expresa de los programas de cumplimiento como eximentes, por ahora, cuando se observe la presencia de un *compliance* eficaz, no se puede afirmar con certeza que pueda eximir la RPPJ sino únicamente atenuarla (art. 45.7, d; 47.21).

Finalmente, en la regulación del art. 50 del COIP, se puede observar la exigencia de una *debida diligencia* en las actividades empresariales, sobre todo a la hora de las diferentes formas de transformación de las compañías.

5.1.1.- La debida diligencia en delitos atribuibles a la persona jurídica

Además de la debida diligencia como presupuesto para una correcta organización, o a su vez, como valoración negativa para fundamentar la culpabilidad a la persona jurídica en casos de no observársela, existen delitos puntuales donde se acentúa la exigencia de esa institución. Así por ejemplo, en delitos económicos como las defraudaciones bursátiles (art. 313), la falsedad documental en el mercado de valores (art. 314), la autorización indebida de contrato de seguros (art. 315), operaciones indebidas de seguro (art. 316), lavado de activos (art. 317), incriminación falsa por lavado de activos (art. 318), y omisión de control de lavado de activos (art. 319); la debida diligencia se torna un elemento a tomarse en consideración y para lo cual habrá que remitirse a la respectiva ley especial y reglamentos de la materia.

De los advertidos, el delito de omisión de control de lavado de activos del art. 319, contiene una regulación extrapenal interesante sobre debida diligencia para los propósitos penales. En efecto, el art. 7.1.4 del Reglamento Ley de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos (RLLAFD), advierte que las políticas de *debida diligencia* de los obligados a reportar a la Unidad de Análisis Financiero y Económico, deberán sujetarse a las disposiciones emitidas por el respectivo organismo de control sectorial⁷²⁷. Por su parte el art. 46, señala como procedimiento de *debida diligencia* de cara a identificar a las personas políticamente expuestas⁷²⁸, la toma de «*medidas razonables, al inicio y durante el monitoreo*» de ciertas relaciones comerciales; la implementación de procedimientos de control y seguimiento permanentes rigurosos; la elaboración de un perfil basado en la política «*conozca a su cliente*»; y la realización de gestiones encaminadas a detectar el origen de los fondos y del patrimonio. Por su parte, el art. 47, determina la obligatoriedad de la aplicación de las medidas de debida diligencia «*de acuerdo al enfoque basado en riesgo*».

De su lado, las Normas de Prevención del Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Otros Delitos (NPLAFTOD), en el art. 10 define a la debida diligencia como «*el conjunto de acciones que el sujeto obligado debe desarrollar para conocer adecuadamente a los clientes, empleados, socios, accionistas, proveedores y corresponsales, reforzando el conocimiento de aquellos que, por su actividad o condición, sean sensibles al lavado de activos o al financiamiento del terrorismo y otros delitos*». Como se puede observar, tanto el RLLAFD como las NPLAFTOD exigen la debida diligencia en la figura del «*sujeto obligado*», pudiendo ser éste una persona física o una jurídica.

Conforme a las NPLAFTOD, los procedimientos de debida diligencia permiten determinar lo inusual de las transacciones, y al igual que en el caso del RLLAFD se parte del riesgo,

⁷²⁷ Decreto Ejecutivo 1331, Registro Oficial Suplemento 966 de 20-mar.-2017.

⁷²⁸ El art. 48 de este Reglamento, extiende la aplicación de los procedimientos de debida diligencia a las relaciones comerciales o contractuales en las que se encuentren involucradas el cónyuge o la pareja en unión de hecho; a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad; a personas naturales o jurídicas públicas o privadas, con las que la persona políticamente expuesta mantenga cierto vínculo mercantil.

concretamente, del perfil del cliente que se ha obtenido en la aplicación de la matriz de riesgos, a mayor riesgo mayor control. Es importante resaltar, que la debida diligencia no es una actividad que se elabora a criterio discrecional de los sujetos obligados, sino que parte de un formulario cuyas directrices son dadas por la Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos (art. 10 NPLAFTOD). Luego, en ciertos casos⁷²⁹, las NPLAFTOD exigen «*debida diligencia reforzada o ampliada*», entendida ésta como el «*conjunto de políticas, medidas de control y procedimientos razonablemente más rigurosos y exhaustivos, que el sujeto obligado debe diseñar y aplicar a los clientes que, por sus características, actividad económica, ubicación geográfica, entre otros, puedan considerarse mayormente expuestos al riesgo de lavado de activos, del financiamiento del terrorismo y otros delitos*». Por su parte el art.16 señala las medidas de debida diligencia reforzada; mientras que el art.18 reconoce la aplicación de procedimientos de «*debida diligencia simplificada*» cuando se esté frente a clientes u operaciones de «*bajo riesgo*».

Regulación sobre la debida diligencia se encuentra también en el ámbito del sistema de seguros privados, concretamente en las Normas Para las Instituciones del Sistema de Seguro Privado Sobre Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Otros Delitos⁷³⁰; así como en el ámbito de la Bolsa de Valores, cuya regulación lo cobija las Normas Para Prevenir el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y Otros Delitos en las Bolsas de Valores, Casas de Valores y Administradoras de Fondos y Fideicomisos.

Como se puede observar, la debida diligencia y su procedimiento no son novedad en el país, debiendo aprovecharse la experiencia extrapenal regulatoria, para efectos de debatirla en sede de la RPPJ, concretamente en la actividad *compliance*, sea como ha quedado advertido en la actualidad, o como una futura necesidad *de lege ferenda* en sus efectos eximentes.

Finalmente, pese a que en materia extrapenal –como se ha indicado *supra*– se adoptan el país algunas definiciones de lo que ha de entenderse por debida diligencia, a propósito del *compliance*, es necesario señalar que la Norma ISO 37001, considera a la debida diligencia como «*el proceso para evaluar con mayor detalle la naturaleza y alcance del riesgo de soborno y para ayudar a las organizaciones a tomar decisiones en relación con transacciones, proyectos, actividades, socios de negocios y personal específico*».

Como requisito mínimo del *compliance* en Ecuador, al art. 49.11 del COIP, exige la presencia de programas «*conozca al cliente o debida diligencia*». Habrá que esperar el Reglamento que sobre *compliance* se expida, así como también se ha de acudir a otras leyes específicas sobre

⁷²⁹ En los casos de los numerales 1 a 8 del art. 15 del NPLAFTOD.

⁷³⁰ Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 385, Registro Oficial Edición Especial 44 de 24-jul.-2017.

la materia, para ir articulando esta debida diligencia de cara a observar este requisito y que los programas de cumplimiento puedan lograr su propósito o función atenuante.

6.- El oficial de cumplimiento

En Ecuador la introducción del *compliance* en sus inicios se ha dado apegada al sistema financiero y la regulación del lavado de activos. Las recomendaciones e influencia de organismos regionales como el Grupo de Acción Financiero de Sudamérica (GAFISUD) o Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), así como de la Unidad de Análisis Financiero (UAF), permiten encontrar el antecedente regulatorio de esta figura⁷³¹.

La Resolución No JB-2008-1154 emitida por la Junta Bancaria, estableció modificaciones en el título XIII «Del control interno», del libro I «Normas generales para la aplicación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero» de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, ingresando un glosario de términos en su artículo 1, en el cual figuraba el término *oficial de cumplimiento*, que era definido como «*el funcionario de alto nivel, responsable de velar por la observancia e implementación de los procedimientos y controles necesarios para la prevención de lavado de activos*»⁷³². Esta modificación consistía de un capítulo con 61 artículos y tres disposiciones transitorias que versaban sobre la aplicación de este nuevo capítulo. Cabe mencionar que esta resolución sufrió modificaciones diversas por otra resolución (No. JB-2013-2453 de 11 de abril del 2013) que incluyó lineamientos más cercanos a los conceptos actuales de *compliance officer* y de *compliance program*. Este Capítulo obligaba a las instituciones del sistema financiero a que adoptaran «*medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que, en la realización de sus operaciones, puedan ser utilizadas como instrumento para realizar actividades de lavado de activos*»⁷³³.

Estas medidas de control fueron una primera aproximación a los programas de cumplimiento, al menos en materia de lavado de activos, y debían ser «*apropiadas y suficientes*», dando a entender que las instituciones controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros tenían la plena libertad para elegir las medidas consideradas más adecuadas tomando en cuenta las características de la institución.

⁷³¹ Así, el considerando de la Resolución No JB-2008-1154 señala que, «*es necesario sustituir la citada norma para que se ajuste a las disposiciones de la Ley para Reprimir el Lavado de Activos y las cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales-GAFI*».

⁷³² Junta Bancaria del Ecuador, Resolución No. JB-2008-1154

⁷³³ Artículo 2 de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria.

En cuanto a la observancia del oficial de cumplimiento⁷³⁴, en las dos resoluciones indicadas, se establecían además de responsabilidades, la facultad de receptar e implementar diferentes planes. En el artículo 37 también se estipulaba la integración del Comité de Cumplimiento, que estaría conformado al menos por el representante legal o su delegado, un representante del directorio, el gerente de operaciones o su respectivo delegado, el gerente de crédito, el auditor interno, *el oficial de cumplimiento* y el asesor legal.

6.1.- Funciones de compliance officer

Las funciones que realiza el *compliance officer* pueden ser de distinta índole, así como variada es su propia denominación en el español, en el que se lo suele denominar oficial de cumplimiento, encargado del cumplimiento, supervisor de control, responsable de prevención, entre otros. El *compliance officer* puede ejercitar sus funciones de forma personal, o como órgano, o inclusive como conjunto de ellos⁷³⁵; de ahí que se puede hablar de *compliance officer* unipersonal y pluripersonal.

De entre las funciones que puede desempeñar el oficial de cumplimiento, están aquellas relacionadas con cuestiones normativas, de promoción de las políticas empresariales y cuestiones de conductas; coordinar y supervisar a los responsables de seguridad; conocer las denuncias que se presenten en los canales internos; instruir los procedimientos sancionadores, entre otras. De todas formas, las funciones van a depender del tamaño de la empresa y de la actividad sectorial. Sin embargo, algunas empresas comprometidas con el cumplimiento normativo tratan de establecerle funciones que no los vinculen con la cadena

⁷³⁴ Al oficial de cumplimiento no sólo se lo vinculaba al comité de cumplimiento, sino que también, estaba destinado a dirigir la unidad de cumplimiento, que al menos, debía estar compuesta por el oficial pudiendo tener también la participación de personas con formación referente a los temas a combatir –administración, contaduría, derecho o economía–. El perfil del oficial de cumplimiento determinado en el artículo 41, contemplaba requisitos tales como experiencia y conocimiento en materia de prevención de delitos, sobre las actividades desarrolladas por la institución, además de pertenecer a la alta esfera de la institución, entre otras cualidades que debía poseer, además requería la calificación de la Superintendencia de Bancos y Seguros. Su función de oficial de cumplimiento podía ser además desarrollada en todas las dependencias que poseyera la institución. Tanto la institución como el oficial de cumplimiento estaban bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos y Seguros. En el caso de que las atribuciones dadas al oficial de cumplimiento no le permitiesen desarrollar sus actividades de manera apropiada, se tomarían las medidas correctivas necesarias por parte de la Superintendencia. Así mismo, los requisitos que debía tener el perfil del oficial así como los impedimentos para acceder a tal puesto estaban determinados por la Superintendencia y estaban establecidos en los artículos 43 y 44 de las resoluciones analizadas. Una vez establecidos los requisitos y prohibiciones que debían observarse para la calificación de los oficiales de cumplimiento, sus funciones se desarrollaban en el artículo 47. Algunas de estas funciones tenían que ver en cuanto al manual de prevención (47.1, 47.2, 47.4), así como la verificación, coordinación y monitoreo de las actividades propias de la institución y la relación de ésta con los clientes. Los artículos 49 y 50 establecían las acciones que tenían prohibidas los oficiales de cumplimiento así como las sanciones a las que estarían sujetos por inobservar sus funciones o faltar a la confidencialidad, la transparencia y en general a su deber. Más allá de esas obligaciones mencionadas, sorprende que tanto esta ley así como las normativas posteriores a las resoluciones, y la Ley Orgánica de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos que está vigente hayan dejado de lado la figura del oficial de cumplimiento así como la matriz de riesgo y las políticas y procedimientos de control de los cuales trataban extensamente las resoluciones antes examinadas.

⁷³⁵ Cfr. DÓPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control», en AA.VV., L. A. Arroyo Zapatero (dir.), A. Nieto Martín (coord.), *El Derecho Penal Económico en la era del compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 165-190.

de garantía de la empresa⁷³⁶, entendida ésta como las actividades responsables propias de las empresas reservadas para otras personas u organismos de la entidad.

De una mirada al Derecho comparado, en España conforme la actual regulación penal de los modelos de prevención, las funciones o tareas del oficial de cumplimiento radican en gestionar el modelo, es decir, debe encargarse de la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo y también de la vigilancia y control del personal al que involucra. Así mismo, debe encargarse también de la información, y formación de todo el personal de la persona jurídica en la que se aplica el programa, esta formación versará respecto de la existencia del *compliance* y de su contenido. Debe encargarse de la revisión, actualización y/o modificación cuando así lo requieran las circunstancias, esto para efectos de su adecuación y eficacia. Puede que también se le encomiende la función de detectar comportamientos que constituyan infracciones delictivas, ya sea por medios de los *whistleblowers*, como a través de investigaciones internas⁷³⁷.

6.1.1.- Función por delegación de actividades

En el análisis de las funciones del oficial de cumplimiento corresponde reflexionar la situación de la delegación, para conocer qué se le delega y por ende ir perfilando sus específicas funciones. Esto, toda vez que parece errado otorgarle funciones o deberes de vigilancia o de supervisión y prevención como garante dentro del funcionamiento de la empresa; sobre todo, si se parte de la sola idea de la necesidad de delegar al sólo amparo del «*riesgo especial*» que constituye la actividad empresarial. Idea que, a decir de SILVA SÁNCHEZ, resulta vaga para fundamentar sólidamente la existencia dentro de la empresa los deberes de vigilancia; más aún, cuando la infracción de éste deber no es punible en sí misma⁷³⁸, sino que dependerá de actuaciones delictivas a título de acción u omisión, o de la idea basada en la premisa de que ¿por qué una empresa puede verse en un riesgo especial?⁷³⁹ Es decir, no por el simple

⁷³⁶ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., «Salvar al Oficial Ryan», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín (dirs.), J. C. Hortal Ibarra, V. Valiente Ivañez (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detención y reacción penal*, B de F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp.301-336. En este sentido este autor advierte que las nuevas reglamentaciones suelen incluir en un texto las funciones del *compliance officer*, en el sentido que se encarga a la Comisión de Prevención la coordinación de las tareas de los responsables de la prevención de los riesgos; además de la supervisión del desarrollo y mejoras de los protocolos preventivos; de fomentar o impulsar la elaboración del mapa de riesgos penales; y también de recibir y canalizar las denuncias y organizar las respectivas investigaciones.

⁷³⁷ Véase en WOLTERS KLUWER, «Compliance officer (oficial de cumplimiento normativo)», disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDCzNjA7Wy1KLiZPw827DM9NS8kiS1xkTi_JzSktTQokzbbkKLSVACVGii6MQAAAA==WKE

⁷³⁸ Vid. «La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una observación desde la cultura del *compliance*», en AA.VV., R. Ragués I Vallés, R. Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico empresarial*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 43-57.

⁷³⁹ Cfr. IBIDEM, acudiendo a una explicación criminológica basada en los sesgos cognitivos y en las dinámicas de grupos, acude a algunos ejemplos de toma de decisiones basadas en los excesos de confianza, de optimismo, de ilusión, los de confirmación de los prejuicios, de conformidad, de adaptación al medio; además de otras razones como el anonimato, concepciones erradas de la lealtad y solidaridad, ceguera atinente a las consecuencias en la ejecución de órdenes. En fin toda tendencia a la desorganización progresiva, a orientaciones solamente con fines lucrativos, a propiciar pautas informales de conductas, a restarle importancia u observación de determinados riesgos que a la larga tendrán implicaciones directa en el actuar del personal

hecho de que la actividad empresarial constituya un riesgo en sí misma se le debe delegar al *compliance officer* el deber de vigilar; al contrario, habrá que tomar en consideración cuestiones propias de la actividad y, sobre todo, los efectos que pueden implicar la delegación a la hora de transmitir esta clase de deberes y sus posteriores implicaciones penales en caso de la comisión de infracciones tanto del delegante como del delegado.

Respecto a los efectos de la delegación, se verifican dos principales: por un lado «*generar el deber de seguridad en el nuevo delegado que la acepta*»⁷⁴⁰, es decir, la transferencia de ese deber de seguridad que tiene el empresario respecto de su industria hacia el delegado *compliance officer*; pero también, implica el efecto de «*transformar el contenido del deber de seguridad del delegante*»⁷⁴¹, en la medida que ese deber de seguridad ya no será igual ni el mismo que tenía o representaba para el empresario delegante, sin que ello implique, que éste queda liberado totalmente de ese deber por la simple transmisión y transformación que conlleva la delegación a favor del *compliance officer*. Pues, lo único que se producirá, es un «*cambio en el modo que debe preocuparse*»⁷⁴², en donde el delegante y el delegado compartan una suerte de «*cotitularidad de la custodia*»⁷⁴³. Es aquí donde hay que centrar la atención para efectos de determinar parámetros de responsabilidad del *compliance officer* en un posible delito en el seno de la empresa. Pero también, hay que centrar la mira en el rol de la empresa como garante de delegación, puesto que no se puede delegar algo de lo que no se tenga una posición original de garante, es decir «*un delegado solamente se convierte en garante si a su vez lo era quien le delegó el deber*»⁷⁴⁴.

En conclusión, si se quiere atribuir al *compliance officer* funciones que impliquen deberes de supervisión, control y vigilancia mediante una delegación total –lo que no es correcto–, se corre el riesgo de no poder controlar actuaciones improcedentes o incorrectas de aquél. Además, se correrá el riesgo de complicar las labores específicas que eficazmente debe realizar; y si sólo se delega parcialmente esos mismos deberes, puede implicar de igual forma una obligación impropia, toda vez que seguirá teniendo esa doble carga. De ahí que, lo

de los subordinados entre los que se puede ubicar los delegados del deber de vigilancia, a los que por ende, tendrá que deberá supervisar el superior.

⁷⁴⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.

⁷⁴¹ IBIDEM.

⁷⁴² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., «Salvar al Oficial», cit., pp. 308-309. Al respecto este autor distingue entre una delegación activa y una pasiva. La primera que ocurre cuando el «*delegante supervisor despliega una determinada estrategia para informarse de cómo observa el delegado las funciones que ha asumido*», en tanto que «*la pasiva sitúa la iniciativa informativa en el delegado, limitándose el delegante a recibir tal información o, a lo sumo, a recabarla*». Además, el autor sostiene que cuando se presenten casos de cadenas de delegación, «*los primeros delegantes suelen limitarse a un rol pasivo, normalmente suficiente como ejercicio de alta supervisión*», p. 309.

⁷⁴³ SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», en AA.VV., D. Brückner, J. Lascuraín Sánchez (trads.), Ministerio de Justicia de España/BOE, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41, 1988, pp. 529-558.

⁷⁴⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., «Salvar al Oficial», cit., p. 313.

adecuado sea que se le atribuya funciones normativas, en la medida que éstas se adapten a las exigencias de las regulaciones respectivas.

En fin, en la medida que la delegación no contemple deber de garantías de control y vigilancia total o parcial de la empresa, el *compliance officer* tendrá delimitadas sus funciones o su campo de acción, lo que a su vez delimitará su ámbito de responsabilidad. No obstante de lo indicado respecto de las funciones, en determinadas actividades como el lavado de activos, por ejemplo, el *compliance officer* deberá –entre otras funciones más concretas– velar por los procedimientos normativos específicos de prevención y control esta clase de actividades⁷⁴⁵ conforme lo exige la normativa penal y la ley de la materia.

6.2.- Las funciones del oficial de cumplimiento en Ecuador

En el ámbito internacional del sector bancario, según la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), las funciones o propósitos del *compliance officer* son la prevención y detección de los bienes, recursos; así como de derechos que provengan de actividades delictivas, que tengan como propósito inmiscuirse en las actividades bancarias a través de la carpeta de servicios.

En Ecuador, las funciones del *compliance officer* en materia de prevención del lavado de activos son de cumplimiento obligatorio, las que inclusive están reforzadas con amenaza de sanción penal. Así, conforme al art. 319 del COIP en caso de que el *compliance officer* omita sus funciones –previstas en la Ley de la materia– de prevención, detección y control de lavado de activos, podría ser sancionado con pena de prisión de seis meses a un año. Ahora bien, la citada obligación penal de control que tiene el oficial de cumplimiento en materia de lavado de activos, plantea la necesaria discusión de la posición de garante que asumen los obligados a las funciones de control de lavado, o lo que es igual, a cuestionarse si se encuentra el

⁷⁴⁵ Vid. LAMAS PUCCIO, L., «El *compliance officer* en materia de prevención y represión del delito de lavado de activos y actividades conexas», en AA.VV., A. Calcina Hancco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y Compliance Program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 276-305. Con más amplitud, entre las funciones más importantes del oficial de cumplimiento en materia de blanqueo de capitales este autor señala: La promoción del diseño de los procedimientos de prevención y control del blanqueo al interior de cada empresa; la evaluación de las políticas internas; buscar estrategias internas de controles involucrando a todos los estamentos; verificación del cumplimiento o aplicación de los procedimientos específicos por parte de los empleados, así como de la implementación y ejecución de un código ético; revisiones periódicas a las condiciones del mercado; informar periódicamente a las autoridades y reportar faltas o errores que puedan conllevar responsabilidad de funcionarios de los estamentos internos; analizar operaciones inusuales y velar por que su reporte que al respecto se emiten a las autoridades sean adecuados; gestionar la conservación y archivo de la documentación; velar por la actualización permanente del manual de procedimientos específicos de prevención del blanqueo o lavado; convertirse en un enlace con las autoridades; coordinar con la administración de la entidad para la formulación y el seguimiento de los planes anuales de cumplimiento; elaborar datos estadísticos relativas a concentración de operaciones por cada segmento del mercado, movimientos consolidados de cada cliente, clasificación de operaciones por montos, movimientos registrados por monedas, clasificación de clientes, etc. Así como activa participación en la política «*Conozca a su cliente*».

compliance officer en posición de garante de evitación de resultado del delito⁷⁴⁶ de lavado de activos. Al respecto, se plantean dos posibilidades: la primera, si se le hace responder por el delito de lavado; y, la segunda, si al contrario, responde por no realizar el control; en este último caso, a su vez se plantea la posibilidad de que responda por omisión simple o por comisión por omisión.

6.3.- La responsabilidad del oficial de cumplimiento dentro de la actividad del *compliance*

Esta responsabilidad resulta tan compleja de abordar cuan compleja es la actividad empresarial; empero, en el afán de ir generando discusión local, se partirá de la posible responsabilidad que se vislumbra en ciertas regulaciones donde se lo refiere.

Así, en lo que respecta a la responsabilidad en caso de vinculación con infracciones penales, ha de advertirse que el panorama respecto de las funciones concretas o exactas a las que está llamado el *compliance officer*, resulta un tanto oscuro o al menos problemático. De ahí que, por ende, su responsabilidad penal fuera de los casos de su participación a sabiendas, resultará de las funciones a él delegadas o encomendadas.

En ese panorama, cabe cuestionarse si se le debe responsabilizar por los delitos que cometen los trabajadores y todo el personal en la actividad empresarial y que no los ha sabido evitar o, acaso, se le debe responsabilizar por la simple infracción de sus deberes⁷⁴⁷. Respecto de la segunda cuestión, en países como España, por ejemplo, no existe regulación que sancione al *compliance officer* por infringir los deberes de supervisión (excepto cuando en tal calidad vulnera la obligación de reportar a las autoridades cuestiones de lavado de activos como también ocurre en Perú, o cuando omite la obligación jurídica de controlar actividades relativas al lavado como ocurre en Ecuador), ello no quiere decir que se deberá dejarlo sin sanción, cuando la segunda cuestión se relacione con la primera; es decir, cuando en el ejercicio de la actividad empresarial el *compliance officer* en el incumplimiento de sus deberes no evita que los trabajadores cometan de un delito⁷⁴⁸. Y en los países donde sí se le sanciona, como Alemania⁷⁴⁹, Francia e Italia, las sanciones son de carácter administrativo.

⁷⁴⁶ Cfr. BLANCO, H., *Lavado de activos por sujetos obligados: Análisis de la teoría de los delitos de infracción al deber*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

⁷⁴⁷ Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El criminal compliance», cit., p. 79.

⁷⁴⁸ IBIDEM.

⁷⁴⁹ Aunque no se sanciona penalmente pese a que la jurisprudencia de modo parcial se ha pronunciado que el oficial de cumplimiento ostenta una *posición de garante* con posibles consecuencias penales por las infracciones penales que se cometan desde la empresa. Vid. CARRIÓN ZENTENO, A., URQUIZO VIDELA, G., «La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y Compliance Program*, OLejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 308-327.

Queda, por lo tanto, la complicada tarea de abordar la primera interrogante, sin embargo, es a la luz de las cuestiones de delegación esgrimidas, en donde cabe el análisis de las siguientes posibilidades ante las diferentes hipótesis que se presentan⁷⁵⁰. Aunque deberá partirse de las premisas de que el *compliance officer* no tiene la obligación directa de evitar o de intervenir deteniendo hechos delictivos empresariales, sin embargo la «*valoración de las consecuencias jurídico-penales de los distintos comportamientos incorrectos del compliance officer (...) depende, también, del valor que tenga la información que éste pueda suministrar en la concreta actividad empresarial*»⁷⁵¹. En tal sentido, se podría atribuir responsabilidad al *compliance officer*, cuando por no haber evitado la comisión de un delito en la actividad empresarial incumpliendo el encargo dado a través de la delegación, contribuye ya sea de forma dolosa o imprudente a mantener una situación riesgosa que deriva en un delito.

Al hilo de lo anotado, se hace necesario abordar la discusión respecto de dos cuestiones que brevemente se plantean a continuación.

6.3.1.- El Compliance Officer y la posibilidad de responder como autor en el ejercicio de sus funciones empresariales

Como ya se indicó *supra*, la delegación tiene mucho que ver para efectos de atribuir responsabilidad penal al *compliance officer*. En ese sentido, según LASCURAÍN, se presentan algunas posibilidades: una en relación con la función de garante que se puede delegar y relativo con ese deber de supervisión que le es delegado en el que, a su vez, puede darse no sólo una delegación compartida de supervisión desde el empresario al *compliance officer*; sino que además, puede darse la posibilidad de que el empresario delegue funciones relativas a seguridad a una persona u órgano, y la de supervisión a otro como el oficial de cumplimiento, respecto de lo cual, podría darse un «*vertido típico del art. 325 CP*»⁷⁵² que

⁷⁵⁰ Vid. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El criminal compliance», cit., p. 80, «*La autora plantea que se deberá considerar 4 hipótesis en el actuar el officer compliance en caso de que se le pretenda atribuir responsabilidad penal por la no evitación de los delitos cometidos por los trabajadores en el seno de la actividad empresarial: A. El encargado de cumplimiento no supervisa, en contra de lo que se le ha encargado por parte del empresario, el estado de cumplimiento normativo de un determinado departamento de la empresa. en este departamento se estaban produciendo ciertas infracciones normativas que, al no ser corregidas a tiempo, provocan que se cometa un delito de empresa. B. El encargado de cumplimiento no supervisa, en contra de lo que se le ha encargado por parte del empresario, el estado de cumplimiento normativo de un determinado departamento de la empresa. En este departamento ya se estaban cometiendo delitos relacionados con la actividad empresarial. C. El encargado de cumplimiento supervisa el cumplimiento normativo de un determinado departamento operativo de la empresa y detecta una infracción de la normativa que, de no remediarse, podrá comportar la comisión de un delito de empresa. Aún así, el oficial de cumplimiento no informa al respecto al empresario. D. El encargado de cumplimiento supervisa el cumplimiento normativo de un determinado departamento operativo de la empresa y detecta una infracción de la normativa que ya ha comportado la comisión de un delito de empresa. Aún así, el oficial de cumplimiento no informa al empresario*».

⁷⁵¹ Vid. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El criminal compliance», cit., pp. 80-82.

⁷⁵² «*Salvar al Oficial*», cit., p. 329.

convertiría en autor tanto al empresario, al delegado de la seguridad y al *compliance officer* que no supervisó⁷⁵³.

Otra posibilidad consiste en que el empresario delegue al *compliance officer* la facultad de delegar. En cuyo caso, dependiendo del tipo de actividades que encierre esa delegación, si en ellas se vislumbran actuaciones dolosas o culposas del oficial de cumplimiento y del empresario, responderá posiblemente como coautor con éste y a título de dolo o culpa.

6.3.2.- El *Compliance Officer* y la posibilidad de responder como partícipe por el no ejercicio de sus funciones en la empresa

A decir de MONTANER FERNÁNDEZ, al oficial de cumplimiento se le podrá atribuir participación por omisión en la medida que su deber de actuación sea determinante para controlar resultados lesivos, siempre que el empresario le haya delegado un deber de garante específico que aquél no haya podido realizar, y atendiendo siempre a las características de la empresa, al perfil del *compliance officer*, así como a los niveles o flujos de información que existan en la empresa, en cuyo caso, su participación delictual podría ser como cómplice, cooperador necesario o inductor⁷⁵⁴.

Las funciones advertidas *supra*, que sin estar reglamentadas le competen al *compliance officer* en el marco de una empresa responsable, permiten concluir que por un lado, deberá responder por los delitos en los que a sabiendas se vea involucrado ya como autor o partícipe de forma activa o pasiva en una actividad dolosa, así como de los que, por su imprudencia pudiera ocasionar; y, por otro, en el caso de que de forma incorrecta se le atribuya o sea delegatario de funciones que impliquen deberes totales de control y de supervisión con facultades autónomas para tomar decisiones al respecto, y que además monopolice la información sobre cumplimiento, responderá como autor según sea el caso, o como partícipe.

Finalmente, en el caso ecuatoriano, recogiendo algunos perfiles de las diferentes normativas en donde se menciona la figura del *compliance officer*, existe tradición de funciones que conllevan su responsabilidad administrativa o penal (como en el caso de lavado de activos, en el que hasta ahora, su responsabilidad es derivada del incumplimiento de las obligaciones que le asigna la ley de la materia).

⁷⁵³ De este parecer es ROBLES PLANAS, R., «El responsable de cumplimiento –*compliance officer*– ante el Derecho Penal», en AA.VV., J. Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319-331.

⁷⁵⁴ Cfr. «El criminal compliance», cit., p. 83.

6.3.3.- La responsabilidad del oficial de cumplimiento en el sistema ecuatoriano de RPPJ

Para abordar esas posibilidades, ha de partirse de la regulación ecuatoriana del art. 319 del COIP. En tal sentido, la primera cuestión planteada asoma como una infracción autónoma cuyo verbo rector es precisamente *omitir*, separada por ende, de la conducta activa o pasiva del art. 317 que sanciona el lavado de activos. Se trataría en principio de una infracción penal, en la que, el legislador ecuatoriano ha querido apartar al *compliance officer* –persona que, siendo trabajadora de un sujeto obligado a reportar a la entidad competente– de la responsabilidad directa de la evitación de ese delito, al punto que su regulación no hace depender la sanción de la comisión o no de un delito, pues, basta que incumpla su obligación de controlar estando en la posición de garante –encargada de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos– para merecer el reproche penal; es decir, no se necesita la verificación del delito de lavado.

De la salida previa que se vislumbra en la primera cuestión, en el sentido de que en Ecuador el *compliance officer* no responde por la no evitación del delito de lavado de activos, se plantean dos aspectos en la segunda cuestión a resolver. Así, por una parte, en caso de que se verifique esa omisión o falta de control debido que le encarga la ley, la conducta del oficial de cumplimiento será la de simple omisión bajo lineamientos del inciso segundo del art. 23 COIP. Sin embargo, y por otro lado, genera dudas el citado artículo 23 al señalar que «*no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo*». Entonces, la pregunta es ¿qué ocasiona el *compliance officer* cuando omite la obligación de control señalada en el art. 319? Y la posible respuesta vuelve a tomar dos direcciones.

La primera, conforme a la redacción del tipo se advierte que no se ocasiona delito alguno, simplemente se ha verificado el incumplimiento del control de lavado de activos, a no ser que se pretenda asumir que la ausencia de control genera un riesgo que pudo desembocar en lavado de activos, en cuyo caso, tornaría al lavado en delito de peligro por el que se sancionaría la omisión de su control; la segunda, que lo que ocasione esa omisión –y por ahí pienso que va la salida– es el quebrantamiento de un deber de cuidado, que en el ámbito subjetivo implica dolo en la medida que el *compliance officer* tenga conocimiento de la normativa que regula la prevención de lavado de activos y su normativa conexas, y de la significación que implican tales mandatos dentro de una política de Estado de prevención de esta clase de delitos⁷⁵⁵. Empero, si el actuar omisivo del oficial de cumplimiento tiene fines

⁷⁵⁵ Vid. BLANCO, H., «Lavado de activos», cit., p. 227.

encaminados a facilitar o cooperar en la comisión del delito de lavado, es decir, cuando esa omisión de la obligación de controlar coadyuve a la realización del lavado⁷⁵⁶, habrá de analizarse su vinculación con este delito para efectos de determinar su grado de participación; en cuyo caso, se estaría ante la presencia de dos delitos y por ende se ha de aplicar, las reglas de los concursos arts. 20 y 21 COIP, con lo que se estaría planteando un posible análisis de autoría y participación del oficial de cumplimiento.

6.4.- Momentos de designación del *officer compliance*

En las regulaciones donde se menciona al *compliance* como eximente o atenuante, no se aborda la cuestión respecto del momento en que se debe designar al *compliance officer*. Así, por ejemplo, la legislación chilena apenas se refiere al tiempo de duración del cargo. De todas formas, esta cuestión tampoco tendría relevancia penal, toda vez que lo que interesa es la existencia de un programa eficaz que recoja en su estructuración la figura del oficial de cumplimiento. Sin embargo, para efectos prácticos es necesario abordar esa designación.

Respecto de esta cuestión, ha de plantearse si, por un lado, su designación debe ser simultáneamente con la elaboración del programa, o si, por el contrario, esa designación deberá ser con posterioridad al diseño del *compliance*. En el primer caso, la designación se la realiza desde el mismo momento que se acuerda poner en marcha el *compliance*, en cuyo caso, el *compliance officer* participará o se involucrará de forma activa en la elaboración del diseño, aportando con su ayuda e implicándose en él desde el principio; y, en el segundo caso, se desvincula de la puesta en marcha del diseño, y sólo después en un segundo momento se realiza su designación, en cuyo caso, luego de la primera acta en la que se decide la implementación de un modelo de *compliance*, se convoca a reunión en la cual en otra acta quedará registrada su designación⁷⁵⁷.

Esos momentos de designación quedarán por ende supeditados a criterios puramente empresariales. No obstante, la primera opción le resultaría beneficiosa a la persona jurídica, toda vez que la experiencia que pueda aportar el oficial de cumplimiento ayudará mucho en el diseño de un buen programa.

⁷⁵⁶ Vid. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de la banca por el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1999.

⁷⁵⁷ LA LEY Digital, «Acta del órgano de gobierno para implantar un programa de prevención de riesgos penales (compliance penal) y designando Compliance Officer», disponible en: <http://p88-127.0.0.1.accedys.udc.es/accedix0/sitios/control/0incrustat.php?aplicacion=10315>

En conclusión, la presencia del *compliance officer* es determinante en el engranaje *ad intra* del *criminal compliance*, en la medida que se quiera prevenir la comisión de infracciones penales⁷⁵⁸.

⁷⁵⁸ En este sentido, el Tribunal Supremo de España ha señalado que: «Además, de haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo externalizado no se habrían dado estas circunstancias, o de haberse producido se habrían detectado de inmediato. Lejos de ello, la ausencia de un control adecuado y de una vigilancia *ad intra* por profesionales *compliance officer* no hubiera dado lugar al estado actual de la cuestión con perjuicios evaluables y el recurrente renunciando a sus cargos en las escrituras que refirió que no tienen otro efecto más allá de una voluntaria desvinculación de la sociedad, pero sin efectos exoneratorios de responsabilidad penal», STS 316/2018, de 28 de Junio, La Ley 74057/2018.

IV. Estructura básica del *Criminal Compliance*

1. Planteamiento

Asumida por ahora la premisa o la posibilidad de que sea un órgano externo o de la propia entidad o directamente el órgano de administración, el encargado de impulsar la necesidad de introducir un programa de cumplimiento en el seno de una empresa, corresponde abordar su estructuración básica; sin que ello implique la pretensión de recomendar la asunción de un modelo único⁷⁵⁹ o *compliance estándar*, sino de cara a la incorporación de medidas óptimas de *compliance*, tomando en consideración esa sugerida necesidad de replantear la «*arquitectura organizativa y funcional*»⁷⁶⁰ característica de cada empresa. En ese sentido, lo primero que deberá articularse o diseñarse es la estrategia de implantación y, por ende, disponer al órgano encargado de la logística y los recursos necesarios⁷⁶¹ para esos fines.

En esa estrategia de implementación, en empresas operativas juega un rol preponderante la primera auditoría legal interna o *due diligence*, la que permitirá determinar la real situación de la entidad; aunque esa tarea bien la puede realizar el personal especializado de la propia empresa en la medida que los parámetros sean objetivos y la actividad sea ética –de ser posible, deberá acompañar en esas tareas el encargado del cumplimiento *compliance officer*–. Sin embargo, como se ha indicado *supra*, sería recomendable encargar esa tarea a una entidad externa⁷⁶².

Por otro lado, e independientemente del texto legal que asuma el legislador ecuatoriano a la hora de inclinarse por la necesidad regulatoria de los programas de cumplimiento, se han de reflexionar aquí –sobre la base regulatoria comparada, de los aportes de la doctrina especializada y de las pautas de regularizaciones o estándares internacionales–, los presupuestos o las exigencias mínimas a tomarse en consideración a la hora de abordar en materia de RPPJ *un criminal compliance*. En ese sentido, una de las recomendaciones o presupuestos para la implementación de todo programa de cumplimiento, tiene que ver con sus fines generales que impulsa a toda organización a prever pautas de comportamientos claramente determinadas y con antelación, mediante un análisis y conocimiento profundo de la estructura organizativa de la empresa y de las funciones asignadas a su personal, que le

⁷⁵⁹ Cfr. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 257.

⁷⁶⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El criminal compliance», cit., p. 61. Ese replanteamiento organizativo y funcional ayudará en muchos casos a las empresas, en consideración con sus posibilidades, a crear ya sea una sección, un órgano colegiado independiente o un órgano matriz de cumplimiento.

⁷⁶¹ Vid. MARTÍ MORENO, J., BOLÍVAR TEJEDO, M., «Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿De qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?», en AA.VV., I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 97-120.

⁷⁶² IBIDEM.

permita a su vez, establecer cuáles son esas pautas de comportamientos más adecuados. Tiene que ver también con definir los riesgos vinculados a la actividad empresarial; a las áreas y a los roles asignados⁷⁶³; entre otros aspectos.

Así, se ha de considerar la evaluación del riesgo conforme a la actividad sectorial que desarrolla⁷⁶⁴ –rol del mapa de riesgos–. En esta exigencia, para el caso ecuatoriano, se ha de tomar en consideración, por un lado, la situación de las empresas al constituirse y, por otro, la situación de las que ya están operativas. En la primera consideración, esa evaluación de los riesgos es *a posteriori*; en cuyo caso, resulta imprescindible una proyección basada en experiencias del profesional o grupo profesional que elaborará el *compliance*, esto porque a diferencia de lo que ocurre en la segunda consideración, no existe un escenario ya establecido sobre el que se pueda partir para su elaboración y en el que ayude la experiencia de la propia empresa sobre la rama de su actividad desarrollada. Esa evaluación, como se verá más adelante, deberá ser sopesada en parámetros que según la terminología que se utilice, debe reflejar las posibilidades de que en mayor o menor medida se cometan los riesgos delictuales, los tipos de riesgos, los departamentos que están expuestos, y las consecuencias de que se materialicen esos riesgos normativos. Entre esos parámetros comúnmente se suele emplear las denominaciones de «*posibles, probables y remotos*». El impacto, es otro de los factores a considerarse en la evaluación del riesgo. Esta evaluación implica en términos generales, la asunción de la responsabilidad social que conlleva la obtención de la personalidad jurídica, que a su vez implica la puesta de relieve en términos de PÉREZ ARIAS, de esa «*identificación (...) entre la persona jurídica y su finalidad jurídica determinada*»⁷⁶⁵.

Junto con lo anterior, el código de ética es otro de los elementos o exigencias que se abordan en este epígrafe. A modo de introducción, por ahora se dirá que desde una apreciación ideal, consiste en el marco dentro del cual se plasmará el *alma ética* de la persona jurídica; mientras que, desde una apreciación práctica o utilitaria comporta *el ADN mismo de la organización*⁷⁶⁶. El código contendrá un sistema disciplinario que contemple sanciones a imponerse ante el eventual incumplimiento de modelo, pero también incentivos para conductas ejemplares. Estos sistemas de sanciones serán revisables y guardarán armonía con los principios generales del Derecho penal, en el sentido de que, por ejemplo, no sean arbitrarias, desproporcionadas, atenten la legalidad y personalidad de las penas.

⁷⁶³ AA.VV., F. Bonatti Bonet (dir.), «Sistemas de Gestión» p. 50.

⁷⁶⁴ Vid. PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson S.L., Madrid, 2014.

⁷⁶⁵ «Sistema de atribución», cit., p. 198.

⁷⁶⁶ Vid. MANDRÍ ZÁRATE, J., «El código ético de conducta», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 269-278.

Los canales de denuncias y la consecuente obligación del personal de la empresa de informar o denunciar los riesgos por producirse o en ejecución constituyen otro de los requisitos básicos. En esta obligación entra en juego las figuras de los *whistleblowers* y *whistleblowing*, que serán abordadas más adelante.

Adicional a esos requisitos mínimos, España, la FGE a través de la Circular 1/2016 sugiere la utilidad de acudir a determinadas normativas sectoriales vinculadas a las actividades que realizan cierta clase de personas jurídicas, sobre todo, en lo que respecta a la organización y gestión de riesgos⁷⁶⁷.

Además, para efectos de su estructuración se recomienda claridad en su elaboración, debiendo redactarse por escrito, y mantener siempre un respaldo operativo en un sistema de software. La redacción y su preparación deben ser hechas a decir de NAVARRO HIDALGO, de forma *ad-hoc*⁷⁶⁸, es decir, no como una especie de formato aplicable a todas las empresas, sino pormenorizadamente para cada empresa conforme a sus necesidades, pues, la clase de actividad y el tamaño empresarial constituyen los criterios que muchas veces condicionan esa elaboración *ad-hoc* de un programa de cumplimiento.

En línea con lo anterior, a la hora de la implementación del *compliance*, se han de tomar también en consideración, ciertas exigencias mínimas en atención a las necesidades de las personas jurídicas. Así, por ejemplo, en caso de empresas pequeñas, toda vez que no necesariamente se les exigiría que encarguen las funciones de supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo a un órgano autónomo, bien podría asumir esas funciones el órgano de administración⁷⁶⁹; por ende, la implementación del *compliance* debería estar a cargo –o al menos contar con la participación directa– de este órgano de administración, amén de que se advierta en el caso de lavado de capitales, lo complicado que resulte para una pequeña empresa instaurarlo por las exigencias de la normativa de la materia⁷⁷⁰. De su lado, para las empresas de gran tamaño, en base al criterio de necesidad algunas legislaciones exigen que se encargue la supervisión y el funcionamiento a un órgano de la persona jurídica pero con autonomía suficiente; es decir, si bien es cierto que no necesariamente se exija que esa labor se encargue a un órgano externo a la persona jurídica, sin embargo, el criterio de autonomía resulta determinante para estos propósitos. De ahí que,

⁷⁶⁷ Circular FGE 1/2016 Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

⁷⁶⁸ «Introducción descriptiva», cit., p. 31.

⁷⁶⁹ Véase por ejemplo en el caso de España, en el que, en estos casos, lo puede hacer directamente el órgano de administración (art. 31 bis, 3).

⁷⁷⁰ Vid. BAUTISTA SAMANIEGO, C., «Compliance y blanqueo de capitales», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017, pp. 141-174.

si es que se decide que sea un órgano de la propia entidad, esa autonomía resulte determinante como criterio necesario de implementación⁷⁷¹.

En Ecuador, el legislador ha empezado a franquear el camino del *compliance penal* a partir de las reformas de 2021 con su incorporación tardía como atenuante de RPPJ; pero también –y desde 2014– exigiendo ciertas particularidades de esta figura en casos puntuales como en los delitos relativos al lavado de activos; así como en la regulación de algunas cuestiones de carácter procedimental.

De todas formas, ya en cuanto a la estructuración, en este epígrafe se busca reflexionar los elementos básicos de un *criminal compliance*, conforme a la experiencia comparada y conforme a la regulación local del art. 47.21 del COIP de cara a contribuir al debate académico y doctrinal de esta figura en el país. De ahí que, para lograr el objetivo establecido, la investigación se apoye mayoritariamente en los métodos comparativo y analítico.

2.- La toma de decisión y el proceso de la formación de la voluntad

Para implementar un programa de cumplimiento se requiere como punto de partida la toma de decisión consciente, deliberada y firme⁷⁷², la que en el caso ecuatoriano, deberá tomar en cuenta, por un lado, las entidades en vía de constitución, y por otro, las que estén constituidas y operativas.

Dado a que Ecuador no ha incorporado hasta la actualidad la obligatoriedad administrativa o penal del *compliance*, será potestativo de las empresas incorporarlo o no, y en este último caso, *so pena* de no beneficiarse judicialmente de atenuar la RPPJ en caso de verse involucrada en un proceso penal⁷⁷³. Sin embargo, de normarse la exigencia de incorporarlo en cualquiera de las dos alternativas, se requerirá para las personas jurídicas que se deseen constituir, la verificación también de los requisitos del *criminal compliance* que exige en la normativa penal.

A continuación se esbozan los momentos del proceso de formación de la voluntad para incorporar un *criminal compliance*:

⁷⁷¹ Respecto de la tarea de implementación, con más detenimiento se analizará más adelante cuando se aborde al oficial de cumplimiento.

⁷⁷² Vid. CARRAU CRIADO, R., *Compliance para PYMES*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

⁷⁷³ En la legislación italiana y española por ejemplo, tampoco existe la obligatoriedad del *compliance*. Aunque en el caso de la italiana se lo considere una suerte de *carga* o un acto facultativo de las empresas para obtener, como en el caso ecuatoriano, beneficios eximentes o atenuantes. Cfr. DE VERO, G., *La responsabilità delle persone giuridiche: parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, traducción libre.

2.1.- De regularse exigibilidad administrativa o penal:

- a) En caso de empresas a constituirse. En un sistema de exigencia del *compliance*, las empresas tomarán muy en serio su asunción y se proyectarán de cara a su operatividad en el seno de la cultura de cumplimiento que demanda este instrumento, *so pena* de que, inclusive, no se les permita constituirse o no comenzar operaciones sin él. De ahí que, corresponderá reflejar tanto en el Acta Constitutiva, cuanto en la Escritura Social que contiene sus Estatutos, la decisión voluntaria de los socios por incorporar un programa de cumplimiento en el que conste al menos la finalidad u objetivos.

De ahí que, ese proceso de formación de la voluntad, en estos casos, comience a formarse desde el mismo momento en que los socios o accionistas se reúnan al amparo del Acta Constitutiva, por ende, consecuente y necesariamente, contarán con el experto asesor en ese primer momento.

- b) En caso de empresas operativas. En estos casos, dado la irrupción regulatoria cuando ya la persona jurídica se encuentra en el ejercicio de sus actividades para las que fue constituida, la exigencia deberá contemplar normas transitorias que permitan, en cierto lapso de tiempo, la incorporación total y definitiva de los programas de cumplimiento. En cuyo caso, ya su implementación se ceñirá a los mismos parámetros que los regulatorios para las personas jurídicas operativas sin la exigencia administrativa o penal; es decir, conforme al proceso de formación de la voluntad para el caso de empresas ya operativas.

2.2.- De no regularse la exigibilidad del compliance

- a) En caso de empresas a constituirse. A diferencia del primer caso anterior, al no ser obligatoria la incorporación del *criminal compliance*, no necesariamente se va a requerir que la decisión de adoptarlo se tome al momento de la celebración del Acta Constitutiva, ni que se refleje en la Escritura que contiene los Estatutos Sociales, pues, en estos casos, esa decisión queda al arbitrio de la futura empresa persona jurídica.
- b) En caso de empresas operativas. Para estas personas jurídicas, aunque tampoco es obligatorio al igual que las anteriores, no obstante, de tomar la iniciativa, el proceso de formación de la voluntad partirá con la convocatoria a junta de socios o accionistas en donde se tomará la decisión que quedará en Acta. En este caso, si la empresa

considera pertinente, puede realizar una Escritura para reformar sus Estatutos incorporando esa decisión.

3.- El Código de Conducta

En la esfera del cumplimiento normativo, varias denominaciones han sido ensayadas por la doctrina de cara a conceptualizar la parte ética de la autorregulación empresarial. Así, se habla por lo general de códigos éticos, códigos de buenas prácticas, códigos de buen gobierno corporativo, y códigos de conducta. El legislador ecuatoriano ha tomado partida por la denominación «Código de Ética» (art. 49.6 COIP). Los códigos de ética o de conducta contienen a los denominados códigos «de empresa» y códigos «en la empresa»⁷⁷⁴ los que merecen atención para los efectos *compliance*.

Por otro lado, el *criminal compliance* no debería quedar reducido únicamente a prevenir la comisión de infracciones penales en una empresa; sino estar encaminados al cumplimiento de la legalidad en su conjunto⁷⁷⁵. Pues, lo que se debe pretender, precisamente, es el fomento de la cultura de cumplimiento de la empresa en todos sus ámbitos. De ahí que, el código como instrumento guía del *compliance*, en modelos de organización empresarial basados en el ideal de cultura de cumplimiento de la legalidad⁷⁷⁶, debe recoger la citada amplitud normativa.

Entendidos como documentos o instrumentos en los que se establecen de forma voluntaria las normas de comportamiento para el funcionamiento correcto de empresas o instituciones públicas o privadas⁷⁷⁷, no puede haber mejor denominación que la que posee. Por ello, se lo puede definir en un lenguaje común del ámbito empresarial, como el conjunto de principios que rigen la actividad de una empresa en aras a su correcto accionar. Se trata de un instrumento de autorregulación empresarial que contiene prescripciones escritas destinadas a motivar el comportamiento de personas vinculadas de forma directa o indirecta con una empresa o grupo de empresas, y que recoge valores socialmente necesarios de preservar⁷⁷⁸.

Los códigos de conducta, más allá de poseer contenidos éticos deben, por lo general, contener normas de procedimientos que viabilicen la ejecución de las políticas de cumplimiento de la entidad en la que opera, es decir, procedimientos encaminados a regular

⁷⁷⁴ NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de conducta y el Derecho penal económico», en AA.VV., J. Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 111-129.

⁷⁷⁵ Vid. BLUMENBERG, A., GARCÍA-MORENO, B., «Retos prácticos de», cit., p. 284.

⁷⁷⁶ IBIDEM, este modelo se diferencia de aquel en el que la empresa asume un rol policial que dedicada al control de cuestiones que pueden ver comprometido el derecho a la intimidad no solo de trabajadores sino de todo el personal de la empresa.

⁷⁷⁷ Vid. NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., p. 112.

⁷⁷⁸ Vid. NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., p. 113.

el cómo, cuándo y qué hacer cuando algún personal involucrado en la actividad empresarial descubra o intervenga en algún hecho delictivo⁷⁷⁹. De ahí que la denominación más acorde a sus objetivos sea la de códigos de conducta antes que código de buenas prácticas, pues los primeros implican un «*deber*» y los segundos una «*mera recomendación*»⁷⁸⁰. De todas formas, cualquiera que sea su denominación, debería observar dos funciones primordiales:

- a) Señalar o enlistar todas las conductas riesgosas, tomando como referencia la legislación ecuatoriana del sector de actividad o actividades al que se dedica o va a dedicar la empresa. En este sentido, se recomienda partir del análisis del informe que presente el departamento jurídico de la empresa. Así, por ejemplo, si se trata de una empresa del sector minero que se dedica a la extracción y comercialización del oro, se deberá observar las correspondientes normativas del sector y además las medioambientales, comerciales, laborales y de seguridad social con sus respectivos reglamentos e instructivos. Para ello, si se trata de una empresa ya en funcionamiento, se deberá partir de lo que contempla sus estatutos y sus reglamentos y manuales internos, inclusive, de sus propios código éticos ya elaborados⁷⁸¹, que servirán de base para la elaboración o reestructuración de un código de ética con las exigencias que requiera una norma para la validez de su acreditación. Luego, ya en estricto sentido penal, corresponde el señalamiento de las diferentes conductas riesgosas y delictivas que pueden surgir como consecuencia del desarrollo de las actividades productivas y comercializadoras en el sector minero.

En esa función, juega un papel preponderante los procedimientos y las sanciones que se han de instaurar e impartir como consecuencia del cometimiento de conductas riesgosas negligentes o dolosas. Estos procedimientos y sanciones deberán ser estructurados o configurados en la misma línea filosófica y ética del programa⁷⁸², cuidándose sobre todo, de evitar sanciones desproporcionadas⁷⁸³.

- b) Otra función de los código de conducta viene constituida por el deber de informar en toda la empresa, las obligaciones que tienen todo el personal con respecto a los riesgos penales y no penales enlistados, y determinar los mecanismos para evitarlos⁷⁸⁴. En esta función, cobran importancia los sistemas comunicativos para que

⁷⁷⁹ Vid. NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., p. 114.

⁷⁸⁰ Vid. NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., p. 115.

⁷⁸¹ En la actualidad en ciertos sectores como el minero no existe la exigencia de la puesta en práctica de un Código ético y aunque algunas empresas lo poseen, asoma simplemente como un mero documento que reposa en algún lugar de la oficina del gerente o presidente.

⁷⁸² Vid. BLUMENBERG, A., GARCÍA-MORENO, B., «Retos prácticos de», cit., p. 288.

⁷⁸³ Al respecto véase NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del», cit., pp. 22 y ss.

⁷⁸⁴ Vid. BLUMENBERG, A., GARCÍA-MORENO, B., «Retos prácticos de», cit., p. 286.

el *compliance* sea conocido de forma clara y asimilado correctamente por todo el personal de la empresa.

Para lograr el objetivo de esta función, se requiere que la empresa implemente actividades de entrenamiento y sensibilización⁷⁸⁵ del programa que se aspira. Entrenamiento o capacitación y concientización que caracteriza al modelo ético en contraposición al policial, para que el personal termine conociendo de forma clara lo que está o no permitido⁷⁸⁶ en el ámbito particular donde se va a desempeñar y en relación con todo el contexto de la actividad empresarial.

En definitiva, como código de conducta, debe caracterizarle su supremacía y respeto por parte de toda disposición de organización o comportamiento interno⁷⁸⁷; y a la luz de las exigencias de cada Estado –y de cara a que materialmente sea eficaz en la evitación de un defecto de organización⁷⁸⁸– debe contener al menos lo relacionado con las siguientes materias: ética y protección contra la discriminación; cuestiones de corrupción, estafa y defraudaciones; Derecho de competencia; respeto a derechos humanos; confidencialidad y asuntos de protección de datos; corrección de la contabilidad y facturación y Derecho fiscal; cuestiones relacionadas con la seguridad de la disponibilidad, integridad y autenticidad y confidencialidad de las informaciones; cumplimiento de las exigencias de la protección de la salud y del medio ambiente; cuestiones relativas a la regulación de las denuncias internas de irregularidades⁷⁸⁹; las responsabilidades del empresario; solución para casos que impliquen conflicto de intereses⁷⁹⁰, entre otras.

Respecto la presencia de los códigos de conducta, habrá que tomar en consideración cuestiones que en la práctica suelen ocurrir y que desnaturalizan la verdadera finalidad de este documento. Así, por ejemplo, un de los cuestionamientos versa sobre aquellos códigos que como meras apariencias de cumplimiento de la legalidad o de maquillajes de autorregulación, buscan lo reputacional en lugar de una verdadera cultura empresarial de cumplimiento⁷⁹¹; en otras ocasiones, las empresas lo poseen como un simple requisito de

⁷⁸⁵ O lo que es igual, se requiere que la empresa adopte un programa «de formación al lenguaje y a la cultura corporativa, incidiendo en los valores que inspiran el programa de cumplimiento, y sobre todo configurando la formación de cada trabajador en función del puesto que ocupa y de sus concretas responsabilidades». Vid. BLUMENBERG, A., GARCÍA-MORENO, B., «Retos prácticos de», cit., p. 287.

⁷⁸⁶ Vid. ALONSO GALLO, J., «Los programas de cumplimiento», en AA.VV., J. Díaz-Maroto Villarejo (dir.), G. Rodríguez Mourullo (pr.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)* Civitas, Madrid, 2011, pp. 143-200.

⁷⁸⁷ Vid. SÁNCHEZ MARTÍN, M., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Plan de Prevención de Riesgos Penales y Código Ético de Conducta*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

⁷⁸⁸ Vid. NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., p. 120.

⁷⁸⁹ Vid. AYALA DE LA TORRE, J., «Claves Prácticas», cit., p. 78.

⁷⁹⁰ Vid. NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., pp. 119-120.

⁷⁹¹ Vid. LAUFER W., «Corporate Liability, Risik Shifting, and the paradox of Compliance», *Vand. L. Rev.* núm. 52, 1999, pp. 1341-1420, p. 1372.

cara a su funcionamiento como exigencia gubernamental para dedicarse a actividades en las que se comprometan dineros públicos⁷⁹². Por otro lado, en el ámbito privado y en su vertiente voluntaria, existen en el país organismos como el Consorcio Ecuatoriano para la Responsabilidad Social (CERS) que se han encargado de promover la cultura de cumplimiento empresarial elaborando una guía de cara a ese cometido ético. Así, el Manual Para Elaborar Códigos de Ética Empresarial del CERS luego de establecer patrones éticos de fondo, recomienda como parámetros mínimos del contenido de éstos códigos: las relaciones de poder y de respeto *intra-laboral*; la responsabilidad ambiental; el cumplimiento de las leyes y relación con instituciones oficiales; acciones de apoyo a la comunidad; y la relación con los clientes y proveedores, así como la publicidad responsable.

Como se puede observar, el caso ecuatoriano se debate entre las recomendaciones de organismos públicos –cuando las actividades llevadas a cabo por empresas privadas involucran fondos públicos– y las iniciativas privadas –cuando las actividades de estas entidades no implican manejo de fondos públicos–. Frente a este panorama, ¿cuál sería la exigencia del código de conducta en Ecuador para los efectos atenuantes?

Para responder la interrogante planteada es necesario reflexionar algunos planteamientos que se dependen de la práctica local, así como de la experiencia del Derecho comparado. En ese sentido, en Ecuador los códigos de conducta en el ámbito empresarial privado, por lo general han sido empleados en materia laboral de cara a establecer procedimientos y sanciones reglamentarias a los empleados y trabajadores, convirtiéndose, por ende, en instrumentos que pueden llegar a tener efectos jurídicos –para los casos de medidas disciplinarias laborales como amonestaciones, sanciones laborales o hasta despidos– siempre que, eso sí, como advierte RODOTÁ⁷⁹³ se lo integre a lo estipulado en el respectivo Contrato de Trabajo⁷⁹⁴. Se trata en estos casos de normas de conducta que integran los denominados Reglamentos Internos de Trabajo, a través de los cuales las entidades ejercen autorregulación disciplinaria en materia laboral facultada por el Código de Trabajo.

Por otro lado, en legislaciones como la alemana⁷⁹⁵ y la española⁷⁹⁶, asoma el denominado principio «*cumple o explica*» que consiste en la obligación que tienen las empresas de informar con cierta periodicidad a las partes interesadas cuál es el código de conducta que

⁷⁹² El Código de las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y de las Personas Jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, en el numeral 200-01 determina la necesidad de los códigos de ética.

⁷⁹³ «Códigos de Conducta: entre el *Hard law* y *Soft Law*», AA.VV., A. Real Pérez (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II congresos internacionales Códigos de conducta y mercado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, pp.19-30, p. 24.

⁷⁹⁴ Al punto que por ejemplo el art. 44 del Código del Trabajo, impide al empleador imponer a título de medidas o sanciones disciplinarias multas que no consten determinadas en el respectivo reglamento interno, legalmente aprobado.

⁷⁹⁵ Así puede observarse en el Código Alemán de Gobierno Corporativo, disponible en: <https://ecqi.global/download/file/fid/9595>

⁷⁹⁶ Ley 24/1998 de Mercado de Valores; Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011 de 4 de marzo; y Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo.

han implementado, o también de explicar por qué alguna de sus disposiciones no se están cumpliendo, o en su defecto, en caso de no tener un código de conducta instaurado justificar o explicar esta situación⁷⁹⁷. Se trata, en estos casos, del establecimiento de códigos de conducta y de la verificación de su cumplimiento articulados a través entidades externas a la entidad, en los que la voluntariedad juega un rol determinante a la hora de rendir cuentas a propios accionistas, inversores y mercado en general.

En todo caso, y para responder a la interrogante planteada *supra*, si bien es cierto que el código de conducta en la experiencia laboral, en caso de estar articulado con el contrato de trabajo produce efectos jurídicos en el sentido que permite la imposición de sanciones administrativas y defender a la empresa frente a prácticas laborales incorrectas. Sin embargo, por esa vía en materia penal, en principio, podría presentar ciertos cuestionamientos a los principio de legalidad –leyes en blanco– y de mínima intervención, aunque frente a esas problemáticas ya la doctrina especializada ha venido sugiriendo dos posibilidades como las que reflexionan a continuación.

En tal sentido, una primera posibilidad sería la de que en los procesos de creación o elaboración de las normas de conducta participen los más variados grupos u organizaciones sociales –organizaciones no gubernamentales, de consumidores, sindicatos–⁷⁹⁸; luego, quedan tres opciones de integración penal: como una norma de complemento en una ley especial, como norma de cuidado en un tipo o como elemento normativo del tipo penal⁷⁹⁹. Otra posibilidad advertida por la doctrina, radica en la estructuración normativa a través de la Administración, ya sea mediante el establecimiento previo de directrices que debe seguir el proceso autorregulador, o mediante establecimientos posteriores de verificación del cumplimiento adecuado del ejercicio autorregulatorio⁸⁰⁰.

En las dos posibilidades advertidas, de algún modo se busca justificar o dotar de legitimidad democrática, la creación y articulación de normas de autorregulación de cara a contrarrestar críticas de afectación al principio de legalidad. En el caso ecuatoriano, la primera posibilidad podría verse concretada a través de procesos de creación de normas y articulación al COIP, en la que intervengan instituciones como las agrupadas en el CERS, con los posibles tres casos de articulación penal; luego la segunda posibilidad en el ámbito societario de seguros

⁷⁹⁷ Vid. NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., p. 121.

⁷⁹⁸ En el caso de Ecuador por ejemplo el CERS que ha elaborado el Código Ético involucrando a fundaciones empresariales, ONG, universidades, y entidades del sector público inclusive.

⁷⁹⁹ Véase en este sentido a NIETO MARTÍN, A., «Autorregulación, compliance y justicia restaurativa», AA.VV., L. Arroyo Jiménez, A. Nieto Martín (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 81-116, p. 88; y sobre una referencia a este autor sobre el mismo asunto véase también a NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., p. 125.

⁸⁰⁰ Vid. NIETO MARTÍN, A., «Autorregulación, compliance y», cit. p. 89; y sobre una referencia a este autor sobre el mismo asunto véase también a NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., p. 125.

y valores, mediante el reforzamiento en esta materia al actual control previo y posterior del ejercicio autorregulatorio de las entidades.

Finalmente, la instauración o adopción de normas de conducta que conformen un código ético conforme al COIP, seguirá siendo al amparo del criterio de voluntariedad –a no ser que en el país se adopte la exigencias sancionadora administrativa o sancionadora penal advertidas en este trabajo–, de todas formas habrá que esperar lo que diga el Reglamento al que se refiere el art. 49 inciso cuarto del COIP. Empero, si la entidad *de lege lata* quiere beneficiarse de atenuantes o *de lege ferenda* de eximentes, tendrá que articular mecanismos adecuados y eficaces que permitan ejercitar dichas normas de cara a ejercitar, a su vez, una autorregulación tendiente a lograr el cumplimiento de la legalidad, dicho con otros términos, a evitar organizarse defectuosamente. Más aún si como se afirma en la doctrina especializada, el código de conducta constituye el corazón de los *compliance*⁸⁰¹.

En legislador ecuatoriano ha independizado algunas actividades que comúnmente contienen los códigos de conducta como por ejemplo, las «*normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema*» (art. 49.10).

4.- Los canales de denuncia (*Whistleblowing*)

El art. 49.5 del COIP, exige un canal de denuncias, como requisito mínimo del *criminal compliance*. Conocido también como *whistleblowing*⁸⁰², estos canales son definidos como aquellos mecanismos que permiten la comunicación y que se encuentran conformados por medios informáticos o físicos, que permiten a trabajadores, directivos y a terceros vinculados con la persona jurídica, consultar, comunicar o denunciar irregularidades, malas prácticas empresariales, incumplimientos normativos o actos indebidos ocurridos dentro la entidad de la cual forman parte o con la que se relacionan, para que de esa forma, el responsable del cumplimiento investigue y de ser el caso, adopte medidas preventivas, correctivas o sancionadoras que considere oportunas⁸⁰³.

La aludida definición sintetiza también los fines del canal de denuncia, y presenta algunas de las características que de este mecanismo se irán abordando a continuación.

⁸⁰¹ Vid. NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de», cit., p. 122.

⁸⁰² Término inglés que en su traducción significa «denuncia de irregularidades», aunque para propósitos preventivos empresariales, se los denomina también «*toque de silbato*» en referencia a las alertas que se prenden a través de él cuando en una empresa asoma alguna irregularidad. ¿Qué es el «whistleblowing» empresarial, disponible en: <https://www.ceac.es>

⁸⁰³ Vid. VELASCO NUÑEZ, E., SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance. 86 preguntas y respuestas*, Aranzadi S.A.U, Cizur Menor, 2016.

Para contextualizar esta reflexión, corresponde remontarse al Derecho norteamericano, concretamente a la Ley *Sarbanes-Oxley Act of 2002* (LSOA). Esta ley creada a partir de los grandes escándalos de multinacionales norteamericanas que permearon la confianza en los sistemas contables y auditores de las corporaciones, en sus inicios fue concebida para hacer frente a los fraudes de empresas que cotizan en la bolsa de valores de ese país. Posteriormente, la LSOA amplía su alcance local cuando en 2004 incorpora en su texto la reforma de las *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* que contiene los *Effective Compliance and Ethics Program*⁸⁰⁴ o cumplimiento efectivo y programas de ética, siendo esta regulación, no sólo el antecedente de los *canales de denuncia*, sino también de los programas de cumplimiento en ejercicio de la *due diligence*.

En ejercicio de la *due diligence* se exigen en ese país a partir de la regulación de 2004 los *canales de denuncia*, para canalizar a través de ellos las quejas o las noticias de infracciones que se cometan en la actividad empresarial en la que se instale el *effective compliance*. Una de las características que de esta regulación se desprende lo constituye su anonimato o confidencialidad⁸⁰⁵ que debe garantizarse al trabajador, empleado, o socio que denuncia.

Posteriormente, se va también incorporando este elemento en las exigencias del *compliance* en la región en el ámbito penal, con la regulación en algunos países de la RPPJ, como pueden observarse por ejemplo, en legislaciones como la argentina, chilena, mexicana, y peruana; y fuera de la región, en el seno de la Unión Europea asoma la Directiva 2018/1937 de 23 de octubre, sobre protección a los denunciantes, que obliga a empresas y a las administraciones públicas a contar con sistemas de denuncias.

4.1.- Objetivos o fines y requisitos del canal de denuncia

De cara a coadyuvar a los propósitos del *compliance*, partiendo del análisis de los riesgos y de las medidas adoptadas, el canal de denuncia debe estructurarse acorde a unos objetivos bien definidos. Siendo que uno de los pilares del *compliance* es el análisis y tratamiento adecuado de los riesgos penales por medio de un control también adecuado, el objetivo global que debe perseguir el canal, es precisamente, contribuir a que el *debido control*⁸⁰⁶ se haga

⁸⁰⁴ Vid. COLOM PLANAS, J., «Análisis jurídico del whistleblowers y canales éticos de delación», disponible en <https://www.controlcapital.net>

⁸⁰⁵ IBIDEM.

⁸⁰⁶ De ese forma, en el caso de España, con la regulación de 2015, el objetivo del canal, estará encaminado a efectivizar esos *deberes de supervisión, vigilancia y control* de la actividad de los trabajadores o empleados de menor rango. No obstante su finalidad principal conforme a las exigencias regulatorias de España radican en la prevención de incumplimientos normativos, así como en la corrección de aquellos ya detectados. En ese sentido los objetivos concretos del canal de denuncias conforme a esa regulación serían: a) «La Detección anticipada e identificación de las actividades donde pueden cometerse las infracciones que se pretenden evitar, previniendo el delito; b) Cumplir la obligación legal que recoge el art. 31 bis 5 4º del CP de que los programas de compliance cuenten con dicho canal de denuncias, contribuyendo a que la empresa pueda demostrar que ha implementada una verdadera cultura de cumplimiento y que emplea medidas efectivas de diligencia debida en su modelo de prevención penal que le exima de responsabilidad penal en caso de comisión de un delito; c) Dotar a la persona jurídica de

efectivo. Para lograr ese objetivo general, se requiere la verificación de algunos objetivos específicos⁸⁰⁷ que deberán tomarse en consideración a la hora de elaborárselo.

Los requisitos han de adaptarse a las exigencias regulatorias internas e internacionales. En ese sentido, Ecuador al no tener exigencia penal interna de los canales, deberá observarlo al amparo de algunos casos puntuales, como por ejemplo, en lo relativo a lavado de activos y financiación del terrorismo. Por lo demás, es pertinente partir de requisitos objetivos, como por ejemplo, la confidencialidad⁸⁰⁸ en el tratamiento que se debe dar a las comunicaciones, así como la garantía de protección e indemnidad que se le debe brindar a la persona que denuncia que puede quedar en situación de vulnerabilidad frente a los superiores o demás compañeros de la entidad. Es indispensable, también, establecer canales que evidencien procesos objetivos y transparentes, esto de cara a que la información que fluya sea también objetiva, pero también de cara a inspirar confianza en quienes denuncien y en la propia entidad. Se requiere, además, la implementación de un sistema de formación previa a todos los empleados y funcionarios de la entidad, pues, es indispensable que conozcan el sistema de gestión donde van a desempeñar sus actividades. La revisión y la actualización periódica del sistema de prevención son indispensables, de cara a que su eficacia se vaya retroalimentado progresivamente. El sistema disciplinario para casos de incumplimiento debe estar previamente determinado y ser conocidos por todos, deberá contener procedimientos claros y observar el respeto de las garantías básicas del debido proceso; y, se debe articular también, un sistema de comunicaciones a los representantes legales de los trabajadores de la entidad⁸⁰⁹.

Los citados objetivos y requisitos⁸¹⁰, reflejan también los parámetros o lineamientos que se desprenden de la Norma ISO 19.600:2014 de «*Sistema de gestión de Compliance*», que

una medida de control sobre su propia actividad; d) Posibilitar la imposición de sanciones a los autores de las conductas denunciadas, cuando así proceda, cumpliendo otro de los requisitos del plan de prevención de riesgos penales recogido en el art. 31 bis 5. 5º del Código Penal, sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales que deban depurarse; e) Colaborar con la investigación judicial, aportando pruebas o reparando o disminuyendo el daño, en cualquier momento del procedimiento penal, con anterioridad a la celebración del juicio oral, con la consiguiente atenuación de la responsabilidad como prevé el art. 31 quater CP; y, f) Contribuir a la eficacia de funcionamiento de la empresa con la mejora continua de los procesos internos para la gestión y control de conductas ilegales o contrarias a la cultura ética de la empresa», WOLTERS KLUWER, «Canal de denuncias», disponible en: <http://quiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKNjI0NjE7WY1KLizPw827DM9NS8kIS1xKTiJzSktIQokzkbKLSVACgBcayMQAAAA=WKE>

⁸⁰⁷ Vid. MANDRÍ ZÁRATE, J., «Los canales de denuncia como parte integrante de los programas *compliance*», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017, pp. 255-268. De forma más específica, el autor señala como objetivos a los que está llamado en canal como el establecimiento de un conducto, en cumplimiento de la ley, eficaz y efectivo en la detección, prevención y evitación de conductas delictivas contrarias al Código Ético; dotar de medidas de control sobre su propia actividad; detección anticipada e identificación de las actividades en las que se pueden perpetrar infracciones penales que se quieren evitar; posibilitar la imposición de sanciones a los que cometen delitos, cuando sea del caso, con independencia de aquellas que haya lugar en el respectivo proceso penal; facilitar o poner en conocimiento de las respectivas autoridades externas la comisión del delito; colaborar con la investigación judicial; y, coadyuvar a los procesos de mejora continua.

⁸⁰⁸ En este sentido, la Circular 1/2016, apuesta por externalizar el canal para potenciar su confidencialidad

⁸⁰⁹ Vid. MANDRÍ ZÁRATE, J., «Los canales de», cit. pp. 259-261.

⁸¹⁰ Sin embargo, para que un canal de denuncia funcione de forma correcta y a la vez cumpla con su finalidad se requiere además de la consideración de la normativa penal, el cumplimiento de una serie de garantías que además de la normativa penal local considere otras normativas también locales o nacionales pero también internacionales ya sea en materia laboral, protección de datos, medio ambiente, entre otras, WOLTERS KLUWER, «Canal de denuncias», cit.

señala el deber de contar con canales de denuncias, sugerencias y buzones de opinión, al igual que la adopción de mecanismos de confidencialidad y protección a las personas que denuncien. Por lo tanto, la confidencialidad y el anonimato de las denuncias y la garantía de indemnidad del denunciante, resultan aspectos trascendentales en la configuración de un buen canal de denuncias⁸¹¹. De ahí que, por una parte, se debe la confidencialidad a través de la instauración de sistemas de comunicación que sean eficaces y que la preserven (correos electrónicos, llamadas o mensajes telefónicos, etc.); y por otra, garantizar también el derecho a que no se tomen represalias contra la persona que denuncia⁸¹².

En una mirada al Derecho comparado, en aras de adoptar mecanismos de protección al informante, una de las sugerencias que en España señala la normativa UNE 19601 radica en la posibilidad del anonimato, cuya licitud encuentra sustento en el art. 24 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos Digitales⁸¹³. La citada normativa establece además, respecto del informante o denunciante, la obligación de la persona jurídica de preservar esa identidad y la confidencialidad del informante en los casos que no se opte por el anonimato, estableciendo para ello, plazos de conservación de los datos materia de las denuncias en los sistemas de información de denuncias internas⁸¹⁴ de la propia entidad.

Pero, a pesar de que un canal cumpla sus objetivos y requisitos, el factor humano al que se lo encargue deberá mostrar la suficiente imparcialidad a la hora de aplicarlo, cuestión que merece reparos cuando se lo deja en manos del personal interno de la propia empresa. Este aspecto que es muy debatido en la doctrina, también ha merecido pronunciamiento por la FGE-E, en el sentido de que se encargue a una entidad externa la labor del canal de denuncia, esto como una posible solución al dilema⁸¹⁵; sin embargo, habrá que tomar en consideración la situación de las medianas y pequeñas empresas y los costes adicionales que implique la pretendida externalización.

⁸¹¹ Respecto de esta cuestión, la Circular 1/2016 de la FGE de España señala que: «*resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias*» Circular FGEE, 1/2016. Por su parte, la norma UNE 19601, en el numeral 7.3.2.1, prevé la necesidad de la instauración de «*procedimientos tendentes a que no se adopte ninguna represalia contra los que reporten de buena fe a través de los canales establecidos al efecto*» Normas UNE 19601.

⁸¹² WOLTERS KLUWER, «Canal de denuncias», cit.

⁸¹³ LO 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>

⁸¹⁴ WOLTERS KLUWER, «Canal de denuncias», cit.

⁸¹⁵ Vid. MANDRÍ ZÁRATE, J., «Los canales de», cit., p. 266 y ss.

4.2.- El informante o *whistleblowers*

Para que un canal de denuncias o *whistleblowing* cumpla sus objetivos a los que está llamado dentro del *compliance*, se requiere de la actividad denunciante o informante del personal vinculado a la empresa o *whistleblowers*. Es decir, se requiere esa necesaria y adecuada interacción *whistleblowing-whistleblowers*. A los primeros, se los conoce como los canales de denuncia de irregularidades a través de los cuales, los segundos realizan esos tipos de denuncias.

El *whistleblowers* al igual que el *whistleblowing*, ha evolucionado y se ha perfeccionado en el ámbito corporativo en los Estados Unidos de Norteamérica, aunque su actividad data de mucho antes. En efecto, en el Derecho de la antigua Roma se recompensaba con el *praemian delatorum* a las personas encargadas de informar la noticia del crimen y probarla⁸¹⁶, cuya labor era considerada como de guardiana de la ley y de los intereses públicos⁸¹⁷. Sin embargo, al igual que el *compliance officer*, es en los Estados Unidos de Norteamérica donde se encuentra su perfeccionamiento o antecedente significativo en los propósitos actuales. Así, a partir de 1863 con la *False Claims Act (FCA)*, asoma su contribución significativa y, en consecuencia, desde entonces se puede apreciar su influencia en el ámbito gubernamental y corporativo. En el primero, su influencia ha sido fruto de la evolución que ha tenido a lo largo del desarrollo como «*caza recompensas*» en la escena policial, como *ethical resister*; y, en el segundo, como herramienta dentro del *compliance*⁸¹⁸, con la consecuente influencia que ha tenido luego no solamente en el sistema europeo⁸¹⁹ sino también en Latinoamérica.

4.3.- Tipos de canales de denuncia y de informantes

Partiendo de la tradición reglada continental europea de la que Ecuador toma sus raíces y las mantienen en gran medida, la gran parte de las instituciones del Derecho penal incluido las procesales, adoptan mecanismos normados o reglados en el COIP. Así, en esa versión reglamentada el COIP atribuye a determinados ciudadano la obligatoriedad penal de denunciar cierta clase de conductas que la ley las considera delitos. En el art. 422 del COIP se establece, por ejemplo, el deber que tienen los servidores públicos de denunciar delitos, respecto de los que tengan conocimiento en el desarrollo de sus actividades públicas, cuando se trate de hechos que atenten contra de la eficiencia de la administración pública; obligación

⁸¹⁶ Evolucionando en lo que se conoce como «Derecho premial». Sobre esta cuestión véase a ORTIZ PRADILLO, J., «El difícil encaje del delator en el proceso penal español», *Diario La Ley*, núm. 8560, 2015.

⁸¹⁷ Vid. ESPÍN MARTÍ, R., *El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento del compliance*, M. Ballbé (dir.), Tesis Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2017.

⁸¹⁸ IBIDEM.

⁸¹⁹ Cfr. BALLBÉ MALLOL, M., MARTÍNEZ QUIRANTE, R., «Law and globalization: Between the United States and Europe», en AA.VV., J. Robalino-Orellana, J. Rodríguez-Arana (dirs.), *Global administrative law Towards a Lex administrativa*, Cameron May, Londres, pp. 137-214.

que involucra también a los profesionales relacionados con el sector público o privado de la salud; a los directores, profesores y cualquier persona encargada o responsable de las instituciones educativas, por delitos que se cometan en los centros de enseñanza en los que laboren.

Por su parte, en lo referente a la infracción de aprovechamiento ilícito de servicios públicos, el art. 188 del COIP sanciona al servidor público que no denuncie la comisión de la infracción. El art. 276 del COIP sanciona la omisión de denuncia por parte de un profesional de la salud. Y, el art. 277 sanciona al servidor público que no denuncie hechos delictivos.

En el delito de omisión de control de lavado de activos se observa una especie de conversión del trabajador⁸²⁰. En efecto, el trabajador pasa a convertirse de persona encargada de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos, a delator –obligado–, cuando la norma le recuerda su calidad de «*sujeto obligado a reportar a la entidad competente*», en cuyo caso se estaría tomando al sujeto activo de esta figura delictiva, tanto en una especie de *compliance officier* cuanto en *whistleblowers*.

En al ámbito de las personas jurídicas asoma una problemática que puede resultar compleja para el informante interno, y que tiene que ver con cuestiones de lealtad, temores de despido, de reproche, represalias, entre otras, *versus* cumplimiento del deber, respeto a la legalidad y otras cuestiones vinculadas a la honestidad; aunque también puede darse el caso de que se lleguen a presentar denuncias por deseos particulares de venganza⁸²¹ o represalias. Surgiendo ante ello, a su vez, la necesidad reglada de exigir en los programas de cumplimiento procedimientos de denuncia⁸²², o la obligación de que se informen posibles riesgos e incumplimientos⁸²³.

Ahora bien, en el primer caso se puede notar, al menos de entrada, la presencia de canales de denuncia un poco más amigables para el informante; en tanto que, en el segundo caso, se vislumbra un canal que impone obligación. Aunque en el fondo, los dos conminan con sanciones para quienes incumplan la obligación de denunciar. Sin embargo, habrá que considerar esas cuestiones planteadas *supra*, a la hora de estructurar un canal de denuncias que permita confidencialidad en la labor del informante, lo contrario, le tocaría acudir a canales externos que quizás le proporcionen esa confidencialidad que no le brinda el interno.

⁸²⁰ A los que el Estado les asigna deberes policiales que son «convertidos en *gatekeepers* o en garantes en sentido estricto; con el expendido recurso a *whistleblowers*», SILVA SÁNCHEZ, J., «Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, OLejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 181.

⁸²¹ Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R., «El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: *whistleblowing* interno vs. *whistleblowing* externo», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, OLejnik, Santiago de Chile, 2018, pp. 189-209.

⁸²² Como ocurre por ejemplo en España en la Ley 20393, art. 4º 3 d.

⁸²³ Como se regula en el art. 31bis. 5.4º CP España.

En el ámbito interno, la tecnología de punta a la que están apostando y a la que mejor acceso tienen las empresas privadas, les proporcionan una serie de herramientas de las que se pueden servir para ejercitar de forma adecuada esa exigencia regulatoria que de *compliance* les determinan los respectivos ordenamientos jurídico-penales, de cara a los fines que persigan en un proceso penal. Sobre esta cuestión, y respecto de la eficacia de los programas de cumplimiento, las *Sentencing Guidelines* exigen la necesidad de incluir mecanismos que posibiliten precautelar el anonimato y la confidencialidad, para que empleados y agentes de una empresa puedan denunciar o pedir orientación respecto de posibles conductas que constituyan delitos y sin temor de ser objetos de represalias. No obstante, en aras a efectivizar las denuncias se deberá, tanto por parte del Estado como de las personas jurídicas o corporaciones, trabajar articuladamente en medios idóneos para incentivarlas. Ello de cara a fomentar que los particulares denuncien, toda vez que, esta tarea constituye una estrategia primordial de la política criminal contemporánea para combatir la criminalidad empresarial y la corrupción⁸²⁴.

Entre esos medios advertidos, consta la articulación de mecanismos relacionados con las imposiciones de los deberes de denunciar; con sistemas de recompensas; y, sobre todo, con sistemas de protección⁸²⁵. Todos ellos articulados dentro del *whistleblowing interno*, encaminado a que el informante o *whistleblower interno* tenga un espacio que le proporcione obligatoriedad, pero a la vez, seguridad y confidencialidad a la hora de denunciar ilícitos acaecidos en la entidad en la que trabaja o se desempeña.

Al ámbito externo, por lo general los informantes suelen acudir a denunciar⁸²⁶ hechos ocurridos en la empresa para la que trabajan, cuando por ejemplo, o no existen los canales de denuncias internos, o existiendo no funcionan correctamente, o al menos no le inspiran confianza⁸²⁷. En este caso, los canales a través de los que el informante suele presentar sus denuncias son generalmente, fiscalía, policía, prensa (radio, televisión, periódicos) y redes sociales; aunque también, se suele denunciar a órganos de control de las respectivas entidades⁸²⁸ y de los sectores de las actividades que realizan las empresas denunciadas. En todos los casos, se tratan de organismos o instituciones que no tienen vínculos e intereses económicos con la empresa denunciada.

⁸²⁴ Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R., «El fomento de», cit., p. 189.

⁸²⁵ Vid. RAGUÉS I VALLÉS, R., «El fomento de», cit., p. 191 y ss.

⁸²⁶ Como denuncia externa, para los efectos empresariales, se la define como «todo acto de comunicación de información relativa a actividades ilícitas cometidas en el marco de la actividad de una empresa o administración llevado a cabo por un empleado o antiguo empleado de dicha organización y cuyo destinatario es una persona o institución destinataria a ésta», RAGUÉS I VALLÉS, R., «El fomento de», cit., p. 204.

⁸²⁷ En la jurisdicción de la Unión Europea, la Directiva 2019/1937 sobre protección de los denunciantes posibilita la denuncia externa únicamente como subsidiaria de la interna.

⁸²⁸ En Ecuador, en materia societaria, de valores y de seguros, la SUPERCIAS ha implementado el Reglamento para la Recepción, Sustanciación y Trámite de Denuncias, expedido mediante Resolución No. SC.DSC.14.

Puede que, por otro lado, en el ámbito externo no se cuente con la participación del *whistleblowers interno* sino del externo; en cuyo caso, se trata de personas que sin ser parte de una empresa, tienen conocimientos fidedignos de situaciones relacionadas con hecho ilícitos que han sucedido o están sucediendo dentro de una persona jurídica. En este caso, algunos Estados se han preocupado desde hace algún tiempo⁸²⁹ y otros contemporáneamente⁸³⁰, por fomentar denuncias contra instituciones y actividades realizadas no sólo por el sector privado sino también por el público, dotando de mecanismos adecuados que articulan canales, sistemas de protección y de recompensas al denunciante, en aras a descubrir delitos y combatir la corrupción.

Ecuador no escapa a esa regulación⁸³¹ de cara a combatir la corrupción que campea⁸³² en instituciones públicas y privadas, que en los últimos años han creado un panorama alarmante, sobre todo a raíz de los casos de Odebrecht, que involucran a funcionarios e instituciones del sector público y privado.

En efecto, a partir de las reformas al COIP del año 2019, se incorpora información interesante de cara a reflexionar esta exigencia *compliance*. Así, por un lado, el art. 427 le brinda al denunciante la posibilidad de solicitar reserva de identidad en caso de denunciar delitos contra la administración pública o de delincuencia organizada. Luego, el art. 430.1 en caso de ciertos delitos contra la administración pública como peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo, también prevé esta clase de mecanismos de protección; y también en otras conductas delictivas como lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada, producción y tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, enriquecimiento

⁸²⁹ Así por ejemplo, antes de las *Sentencing Guidelines*, ya Estados Unidos se había preocupado por la situación del denunciante con la promulgación en 1989 del *Whistleblowing Act* que con las enmiendas de 1994 adquieren relevancia y plena aplicación que en líneas generales permite que ciudadanos denuncien actos de corrupción dotándoles de un sistema de protección e incentivos.

⁸³⁰ En Europa pese a que ciertos países cuentan con normativa y mecanismos internos de incentivos de denuncias y protección al denunciante, sin embargo, en la actualidad se discute a nivel regional unificar la protección del *whistleblowers* en los países de la Unión Europea (UE), con lo que a través del Comité de Asuntos Legales de la UE busca «*garantizar que los denunciantes puedan informar de las infracciones en los países miembros en el ámbito de la evasión fiscal, la corrupción, la protección del medio ambiente y la salud pública y la seguridad, sin temor a represalias o intimidación*», DEL CAMPO, A., «La Unión Europea decidida a proteger a los “whistleblowers” o “alertadores” contra la corrupción», Conflegal, disponible en: <https://conflegal.com/20181125-la-union-europea-decidida-a-proteger-a-los-whistleblowers-o-alertadores/>

⁸³¹ Aunque existen entidades y organismos gubernamentales a los que se puede acudir cualquier persona a denunciar, la protección del denunciante aún está por resolverse. Sin embargo, ya desde el Proyecto de Ley Orgánica Anticorrupción y Protección al Denunciante, se preveía mecanismos de incentivos y protección para el *whistleblowers*, aunque como está redactado, parecería que únicamente abarcaría a denuncias tendientes a recuperar activos ilícitamente objetivos. Así, por ejemplo el actual art. 2 del proyecto señala que: «*Quienes suministren datos, instrumentos, efectos, bienes o informaciones precisas, verídicas y comprobables, que contribuyan en la investigación, localización y recuperación de activos obtenidos de manera ilegal, podrá acceder a una compensación económica en proporción (...)*», luego el proyecto condiciona la compensación a que en esos activos estén involucrados recursos del Estado. Posteriormente desarrolla normas que tiende a proteger a denunciantes del sector público, previendo además, para todo tipo de denunciante mecanismos de procedimientos especiales en materia penal si ha intervenido en la comisión delictual. Proyecto de Ley Orgánica Anticorrupción y Protección al Denunciante, disponible en:

https://www.eltelegrafo.com.ec/images/Fotos_EITelegrafo/Documentos/2018/Proyecto-de-Ley-Organica-Anticorrupcion-y-Proteccion-del-Denunciante.pdf

⁸³² Vid. JIJÓN, M., «Conferencia. La corrupción en el sector privado: una realidad campante», Proyecto sí se puede, Quito, 17 de febrero de 2006.

privado no justificado, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes o sicariato, la ley faculta al denunciante a que por razones de seguridad se acoja a la reserva de identidad.

La citada norma describe también el procedimiento que parte de la exigencia de que la denuncia presentada bajo reserva sea registrada con un código *alfa numérico especial*. Este código debe identificar al denunciante pero tiene como objetivos bien definidos: la preservación de la integridad física, psicológica y material; y las condiciones laborales del denunciante y de su familia. Luego, para los efectos de precautelar de forma integral la reserva de la identidad del denunciante, la norma prevé la exigencia del mantenimiento de un *registro cronológico*, en el que se detallará los datos de las personas que intervengan en el trámite de las denuncias presentadas bajo esta modalidad, y sobre quienes pesará la obligatoriedad de no divulgación de cualquier información que tenga relación tanto con la identidad del denunciante cuanto con aquella que permita de algún modo su identificación. Inclusive, la persona que se acoja a esta modalidad de denuncia puede solicitar ser ingresado al Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal, y que se le otorguen a su favor una o varias de las medidas contempladas en el Reglamento correspondiente (art. 430.1 COIP).

La normativa local advertida en este apartado denota la presencia de práctica *compliance*, aunque en este caso, se trata de una especie de herramienta del canal de denuncia externo, limitado a ciertos tipos de delitos; sin embargo, es una práctica que se comienza a institucionalizar.

4.4.- Los problemas de denunciar interna o externamente

Ya sea ante la opción de informar interna o externamente una infracción penal acontecida dentro de una persona jurídica, el *whistleblowers* interno siempre va a verse envuelto en su dilema que roza entre lo ético y los temores. Lo ético como se dijo, relacionado con su deber u obligación moral de denunciar conductas ilícitas, esto a su vez, propio de su condición de ciudadano⁸³³ y no solamente de empleado o trabajador de determinada empresa; en fin, denunciar ilícitos son deberes ciudadanos obligatorios. En tanto que sus temores tienen que ver, por ejemplo, con la necesidad de conservar su empleo, de trato marginal de sus compañeros de trabajo en caso de que se divulgue su denuncia y, hasta de represalias. Sin

⁸³³ Esto en la concepción natural del *whistleblowers* concebido como «una persona que, movida por sus principios, denuncia unos hechos contrarios a la ley, a la norma interna, a la ética y a la moral», «El procedimiento de denuncia interna whistleblowing y su regulación por las normas de gobierno corporativo», MESÍA MARTÍNEZ, C., *El procedimiento de denuncia interna "whistleblowing" y su regulación por las normas de gobierno corporativo*, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dir.), Tesis Doctoral, Universidad CEU San Pablo, 2015.

embargo, pese a que estos temores sean reales, tienen un poco de menor connotación –al menos para la empresa denunciada–, cuando superados o no, el denunciante de toda formas denuncia ante un organismo o canal interno; mientras que si –por esos temores– en calidad de informante interno acude ante un organismo o canal externo a denunciar, esta situación adquieren mayor connotación y por ende perjuicio para la reputación de la empresa. De ahí que las corporaciones deban cumplir las exigencias que proporcionen al denunciante seguridad en los canales internos de denuncia.

Al hilo de lo anterior, si un informante interno acude a un canal u organismo externo, puede que encuentre la protección adecuada⁸³⁴ y hasta se adjudique una considerable recompensa⁸³⁵ en caso de que con su denuncia se cumplan las exigencias requeridas. Aunque también puede representarle una tensión, cuando por ejemplo, la empresa a la que va a denunciar ofrece buenos incentivos a sus trabajadores fieles, sobre todo bajo la condición de estímulo por honestidad⁸³⁶. Sin embargo, le puede sobrevenir también un temor muy grave, como por ejemplo, la situación legal que le puede repercutir una denuncia que dentro o luego de los respectivos procesos penales, se determine que carece de elementos probatorios, inclusive, puede suceder que dado un incorrecto o deficiente trabajo de la acusación, se llegue a determinar que se tratan de hechos falsos. Y en cuanto a la empresa, el daño reputacional que causa una denuncia externa, resulta sumamente perjudicial, más aun, cuando se acude primero a canales como televisión, radio o periódico.

Luego, ese deber ético que tiene el informante de denunciar hechos ilícitos frente a ciertas posibilidades lucrativas que ofrecen los sistemas de recompensas, lo puede tornar en una suerte de comerciante, en el sentido que información a cambio de dinero. En estos casos, se podría estar frente a una evolución desde su posición original de delator, hacia un verdadero cazarrecompensas⁸³⁷.

Por su parte, la situación externa en lo que respecta al *whistleblowers* externo, es más parecida a la del cazarrecompensas que al informante, toda vez que aquél, ya sin ningún compromiso que lo una a la empresa ni con los temores propios del informante interno, va a

⁸³⁴ Por ejemplo, Ecuador cuenta con el Sistema Nacional de Protección y Asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, dirigido por la Fiscalía conforme al art. 443. 2 del COIP y normado en los arts. 445,446 y 447 del mismo cuerpo normativo.

⁸³⁵ El Ministerio de Justicia del Ecuador ha implementado un sistema de recompensas para denunciar.

⁸³⁶ Esto puede suceder cuando por ejemplo, respecto de las recompensas como valores corporativos, se afirma que «*las organizaciones proporcionan recompensas a su personal con el fin de motivar su desempeño y estimular su lealtad y permanencia*», LUTHANS, F., *Comportamiento organizacional*, McGraw-Hill/Interamericana S.A., México, 2018, p. 93. En cuyo caso, el trabajador ante los temores prefiere optar por acudir a canales internos y hasta cierto punto optar por una recompensa que quizás puede ser más o igual de beneficiosa que la que le ofrecen externamente, aunque claro esta acción no se compadece con los verdaderos fines de la citada finalidad de las recompensas en las organizaciones.

⁸³⁷ Para mayor abundamiento de esta cuestión, véase: GIMENO BEVIÁ, J., «De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)», *La Ley*, núm. 9139, 2008, pp. 1-18.

tratar por todos los medios y amparado en programas de protección e incentivos gubernamentales, de obtener información para delatar a cambio de una contrapartida.

En el caso ecuatoriano, el art. 430.2 del COIP regula incentivos por denuncia efectiva en delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias y su oferta, testaferrismo, lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada, enriquecimiento privado no justificado y delitos de tráfico de drogas. En estos casos, siempre que se aporte elementos probatorios que permitan recuperar de forma efectiva bienes, dineros, fondos, activos más beneficios producto de las actividades delictivas anotadas, se podrá obtener una recompensa o compensación económica proporcional que oscila entre el diez al veinte por ciento de lo recuperado. No aplica este beneficio para los partícipes del delito.

Como se puede observar, en el país existe regulación que permite visualizar la presencia de otra herramienta del canal de denuncias, esta vez encaminada a incentivos –aunque en ciertos delitos–. Como se puede notar, la cultura *compliance* va tomando cuerpo en materia procedimental penal en el Ecuador.

5.- Las investigaciones internas y su procedimiento

Las investigaciones internas en el ámbito particular empresarial y en general de cualquier organización o entidad privada ha sido objeto de serios cuestionamientos por alguna parte de la doctrina, la que ha llegado inclusive a sostener que se estaría en estos casos frente a una privatización del Derecho penal, o de una privatización de control de la criminalidad en la empresa⁸³⁸. No obstante, son su utilidad y sus propósitos como herramienta *compliance* los que interesan para efectos de este trabajo, dejando por ahora de un lado la discusión sobre estas cuestiones y sobre otras que pretenden explicarlas amparados en criterios justificativos de ambivalencia funcional con el sistema del propio Derecho penal⁸³⁹.

Ya en materia de las investigaciones internas propiamente dichas, corresponde reflexionar lo que sucede una vez que se reciban los hechos denunciados a través del canal. Al respecto cabe cuestionarse ¿cuál es el tratamiento de esa información? O lo que es igual ¿qué se va a hacer con ella? Interrogantes que, indudablemente, se responde con el procedimiento mismo de la tramitación de las denuncias.

⁸³⁸ Cfr. MONTIEL, J.P., «Autolimpieza empresarial (compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en AA.VV., F. Rojas Vargas, J.E. Prado Soriano (dirs.), *Compliance aplicado al derecho penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Ideas Solución, Lima, 2019, pp.49-80.

⁸³⁹ IBIDEM.

En ese sentido, al interior de la persona jurídica en ejercicio del *compliance* y más específicamente del canal de denuncias, el responsable de la investigación deberá reducir los hechos denunciados a escrito, incorporando todos los datos con los que cuente y dejará constancia de la recepción. Luego, y de conformidad con el plazo señalado previamente, puede decidir en dos sentidos: a) archivando el caso; o, b) disponer la apertura de un expediente de investigación. En el primer caso, luego de una objetiva valoración y análisis – en idéntica forma a la labor de un fiscal–, de establecer la no existencia de indicios penales, o en su caso, de existir alguna infracción no penal, archivará la investigación pero remitirá el expediente al respectivo ámbito interno encargado de su tratamiento. En el segundo caso, y ahora sí, de encontrar indicios que hagan presumir la existencia de potenciales delitos, se procederá a la apertura de una investigación del delito denunciando, debiendo para ello, enunciarse los cargos y recabarse las pruebas, siempre con la participación o el conocimiento de las personas involucradas en el delito investigado –derecho a ser informado y a la defensa–, garantizando la identidad del informante en caso de denuncias anónimas⁸⁴⁰.

Entre las diligencias de la investigación, se emitirá un informe con las debidas recomendaciones que la persona jurídica deberá adoptar para sacar delante de mejor forma la investigación; es decir, se emite una especie de despacho de actuaciones investigativas, en donde se determinen por ejemplo, entrevistas, recabación de información documental, datos a analizarse, obtención de información de fuentes externas⁸⁴¹, inspecciones, entre otros.

Finalmente, fenecido los plazos de duración de la investigación, se emitirá el informe final de investigación que deberá contener las conclusiones debidamente fundamentadas y motivadas, y se notificará al encargado de resolver –*compliance officer* o cualquier otro órgano– y también al órgano de administración. Al resolverse, se establecerá la sugerencia de sanción a los responsables del delito conforme a la gravedad que reflejen los hechos investigados, y se recomienda al órgano de administración que ponga en conocimiento de la fiscalía para los fines penales respectivos. Finalmente, se deberá documentar y evidenciar todas las actuaciones procedimentales⁸⁴².

Las investigaciones deben garantizar el derecho a la defensa de la parte investigada. Para ello al igual que el caso de actuaciones judiciales, desde el primer momento se le ha de hacer conocer al investigado formal y materialmente los hechos por los que se le investigan. Sin embargo, para lograr que la investigación interna surta los efectos a los que está llamada, en ciertos casos, cuando exista riesgo de ponerla en peligro, la comunicación al investigado se

⁸⁴⁰ Vid. WOLTERS KLUWER, «Canal de denuncias», cit.

⁸⁴¹ IBIDEM.

⁸⁴² IBIDEM.

la realizará una vez asegurada la información que podría verse en riesgo. Luego cabe cuestionarse ¿Qué efectos puede conllevar esto en la práctica en materia de respeto a las garantías básicas del debido proceso?

Para reflexionar lo anterior, ha de partirse de la necesidad de asegurar el respeto a las garantías básicas del debido proceso formal y material en todas las actuaciones en las que, como ha dicho la Corte IDH, se determinen derechos y se establezcan obligaciones, inclusive, y no solamente en el ámbito judicial o administrativo sino también en el ámbitos como el laboral y el particular⁸⁴³. Luego, el debido proceso material o sustancial exige que todas las actuaciones procedimentales observen razonabilidad en su ejecución. De ahí que, siendo la motivación una garantía básica del debido proceso, bien podría en el presente caso, servir para que el investigador interno explique motivadamente el riesgo latente, si se notifica inmediatamente del inicio de unas investigaciones al investigado, y por ende, la necesidad de mantener temporalmente en reserva las investigaciones. Lo contrario, daría margen para actuaciones investigativas arbitrarias que, a su vez, pueden generar un doble efecto: a) que se vulneren, entre otros, el derecho a la defensa y, b) que posteriormente un tribunal o un juez jurisdiccional declare la vulneración de derechos y con ello se afecte los resultados de las investigaciones que quizás puedan ser reales, generando con ello, una sensación de impunidad que afecta tanto la eficacia del canal de denuncias y, por ende, del *criminal compliance*.

El COIP, en el art. 49.8, por ahora contempla las investigaciones internas como un requisito de los programas de cumplimiento únicamente para los efectos atenuantes de RPPJ, a las que denomina «*mecanismos de investigación interna*».

Finalmente, para no desentonar el discurso argumentativo de este trabajo en el presente capítulo, se ha de concluir que las investigaciones internas en el actual escenario regulatorio penal de la RPPJ ecuatoriano que no contempla el *compliance* como eximente, bien puede convertirse en un elemento a ser valorado por el juzgador de cara a establecer la inocencia de la persona jurídica procesada, pues, si lo que se persigue con ellas es el control de la criminalidad, su éxito no dependerá necesariamente de su existencia dentro de un *criminal compliance* o fuera de él, sino de la efectividad y de su eficacia como actividad encaminada al descubrimiento de delito.

6.- El Plan de prevención de riesgos

⁸⁴³ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, de 29 de julio de 1988 (SCIDH).

El plan de prevención de riesgos (el Plan) en la medida que sea adecuadamente estructurado, coadyuvará de forma preponderante con los objetivos preventivos del *criminal compliance*. Ese rol preventivo se proyecta en dos direcciones interrelacionadas entre sí. Por un lado, permite advertir los posibles riesgos de cometer infracciones penales, al catalogarlas conforme al sector y a la actividad⁸⁴⁴ a la que se dedica la empresa; y, por otro, establece las medidas de prevención a tomarse en cada uno de los potenciales riesgos. En el primer caso, se está ante el denominado *mapa de riesgos penales*, y en el segundo, ante las *medidas de prevención*. En tal sentido, el plan es un documento del *compliance* que contiene un mapa de riesgos penales, así como las medidas de prevención.

De otro lado, y ya en la fijación del riesgo, deberá tomarse en consideración la repuesta que se pretende dar al cuestionamiento de «*quién, cómo, cuándo y en el transcurso de qué actividad o labores, puede cometerse el delito*»⁸⁴⁵, esto de cara a evitar un programa cosmético. Ese cuestionamiento que debe detallar un buen manual de prevención, servirá para dos motivos fundamentales de cara a la eficiencia y eficacia: por un lado, permite el establecimiento de medidas concretas tanto sobre el factor humano cuanto sobre las actividades riesgosas que impliquen delitos determinados e identificables; y, por otro, permite la optimización de los posteriores recursos a emplearse en la aplicación de esas medidas como la formación y la determinación de grupos afectados por el establecimiento de esas medidas o la mesura de protocolos y de las medidas que se determinen⁸⁴⁶.

6.1.- El mapa de riesgos penales

Previo a su análisis, es necesario ir configurado una definición que permita luego abordar el tema con la claridad que el caso amerita. De ahí que, para los efectos puntuales de este trabajo, se parta de lo que ha de entenderse por riesgo en estricto sentido técnico. Para ello, acudiendo a la UNE-ISO 19600:2015, se ha de entender por riesgo al «*efecto de la incertidumbre en los objetivos*», describiendo que ha de entenderse por «*efecto*», a la desviación de lo esperado ya sea positivo o negativo; mientras que a la incertidumbre la concibe como el estado –incluido el parcial– de deficiencia de la información, que tienen que ver con la comprensión o el conocimiento de un determinado evento, así como con su consecuencia o probabilidad. Además, caracteriza al riesgo por referencia a eventos y a consecuencias potenciales o a una combinación de éstos, y que también se expresa como

⁸⁴⁴ Este es uno de los requisitos que deben observar los programas de cumplimiento en España conforme al CP., en este sentido se establece que los programas de cumplimiento deben cumplir: «1.º *Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos*».

⁸⁴⁵ GÓMEZ BERRUEZO, I., «Diseño de un sistema de *compliance*», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 209-223.

⁸⁴⁶ IBIDEM.

una combinación de las consecuencias de un evento y la probabilidad de que ocurra. Luego, en una definición estructurada o acoplada, define al riesgo del *compliance* como el «efecto de la incertidumbre en los objetivos de *compliance*», añadiendo que, «el riesgo de *compliance* se puede caracterizar por la probabilidad de que ocurran y las consecuencias de los incumplimientos de *compliance*, respecto a las operaciones de *compliance* de una organización». Estas definiciones, se advierten en las normas específicas de gestión de riesgos, ISO 31000:2009 y 73000:2009⁸⁴⁷.

Enfocado al ámbito empresarial, el riesgo puede ser entendido como un elemento de la inestabilidad o como un efecto o de la incertidumbre, que en todo caso, pone en peligro la competitividad así como el logro de los objetivos o la satisfacción de necesidades o de ciertos intereses públicos⁸⁴⁸, de ahí la preocupación empresarial por su manejo en aras de sobrellevar en buena medida el negocio.

Ese riesgo advertido para los efectos que interesa ha de ser un *riesgo penal*, el mismo que viene determinado tanto por la probabilidad cuanto por el impacto que la realización de una infracción penal puede tener dentro de la empresa en cuya actividad se verifica⁸⁴⁹, lo que influirá en la economía y en la reputación de la misma, al punto de que con una sanción muy grave se llegue inclusive hasta su extinción.

Esos riesgos penales, a su vez, han de ser *inherentes o brutos*, relacionados con la naturaleza de la actividad o actividades a las que se dediquen las empresas, cuyas connotaciones negativas pueden adecuarse a los tipos penales señalados como *numerus clausus* atribuibles a una entidad a título de RPPJ. Su denominación obedece a que se trata de un riesgo que aún no se lo ha filtrado⁸⁵⁰ por la labor del *compliance*.

El *riesgo neto* por su parte, es aquel que resulta del análisis de las medidas y controles que dispone una organización en el desarrollo de su actividad. Se trata de una valoración un tanto subjetiva pero responsable a la hora de ubicarlo dentro del mapa, en el que, para su fijación se debe considerar lo *débil, lo deficitario, o lo robusto*⁸⁵¹ de los controles que se observen en el interior de la entidad.

⁸⁴⁷ Vid. MARTÌ MORENO, J., BOLÌVAR TEJEDO, M., «Mapa de riesgos», cit., p. 98. Además, para estos autores el riesgo, para los efectos de *compliance*, «es la probabilidad de que una empresa sufra un perjuicio o daño, principalmente económico o reputacional, como consecuencia de que se realice un acto, por acción u omisión de la organización o uno de sus miembros, que sea contrario a alguna disposición legal».

⁸⁴⁸ LÓPEZ RODRÍGUEZ, O., «Gestión del riesgo de *compliance* y su control», en AA.VV., J. Puyol (dir.), «Guía para la implementación del *compliance* en la empresa», Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 235- 253.

⁸⁴⁹ Vid. GÓMEZ BERRUEZO, I., «Diseño de un», cit., p. 221.

⁸⁵⁰ IBIDEM, esta clase de riesgo a decir del autor, «representará sobre el mapa de riesgos unos valores altos, medios bajos en función de la actividad de la empresa, organización, proyección internacional, volumen de negocio, perfil de las personas que ostentan responsabilidades o capacidad de decisión y otras variables que con carácter previo a la evaluación de las medidas y controles existentes pueden haberse puesto de manifiesto», pp. 221.

⁸⁵¹ Vid. GÓMEZ BERRUEZO, I., «Diseño de un», cit., pp. 222-224. Para contrarrestar la excesiva subjetividad que pueda tener efectos contraproducentes, el autor recomienda que en la tarea de ubicar al riesgo neto en el nivel que le corresponda en el mapa, se debe considerar por una parte si la empresa cuenta con «*políticas reales y documentadas sobre procesos que*

Riesgo residual es el grado o nivel que alcanza el riesgo penal una vez evaluadas las medidas y controles, y que sirve para fijar en el mapa de riesgos la probabilidad y el impacto⁸⁵². El manejo o la gestión adecuada y eficaz de este riesgo, permitirá a las empresas evidenciar su cultura de cumplimiento de la legalidad ante potenciales delitos, sobre la base de que no existe un «*riesgo cero*» en la actividad empresarial.

Ahora bien, en el proceso de identificación de los riesgos penales a efectos de elaborar el mapa, como parte de ese «*barrido empresarial*» se debe ir identificando y documentando tanto la o las normativas aplicables a las actividades y al sector en el que la empresa se desenvuelve⁸⁵³, las actividades que se realizan bajo determinados permisos, licencias o autorizaciones, todas aquellas obligaciones que la entidad contractualmente tenga con terceros⁸⁵⁴; así como todos los procesos regulatorios externos a los que esté sometida la entidad.

Partiendo de esas consideraciones del riesgo, a decir de MARTÍ & BOLÍVAR, el mapa de riesgos es un documento que describe los riesgos empresariales, sus consecuencias y el impacto en caso de materializarse, pero también describe una estimación sobre la probabilidad de que efectivamente sucedan. De ahí que, para los citados autores, se trata de una herramienta necesaria, básica y útil al momento de la toma de decisiones por parte de la persona jurídica en lo referente al sistema de *compliance* que se desea implementar, así como en lo referente a los procesos, las medidas y los controles que se deban incorporar⁸⁵⁵. De ahí que, dos son los parámetros que comúnmente han de tomarse en consideración a la hora de estructurar el mapa: la probabilidad y el impacto.

El mapa, como parte del proceso de formación de la voluntad en el que se realiza literalmente un «*barrido*» de la persona jurídica para ir determinado los lugares y las actividades en las cuales se puedan eventualmente cometer determinados delitos, requiere en el ejercicio de esa actividad, profundos conocimientos del catálogo de delitos o sistema de *numerus clausus*, que en el caso ecuatoriano establece el COIP alrededor de 80 delitos⁸⁵⁶, y que constituyen el

presenten en sí un riesgo», así como con la «*verificación (evidencia) de la operatividad de dichas políticas, a través de medidas concretas que puedan ser mensurables y que denoten una eficacia y una eficiencia en las actividades para las que han sido diseñadas e implementadas*».

⁸⁵² Vid. GÓMEZ BERRUEZO, I., «Diseño de un», cit., p. 223-224.

⁸⁵³ Aunque como lo advierte un amplio sector de la doctrina, no es necesario que se identifiquen todos los riesgos o infracciones penales que de forma abstracta se puedan presentar en la actividad de una empresa, por todos, GARCÍA CAVERO, P., «La identificación de los riesgos de infracción penal en el marco de la formulación de un programa de cumplimiento normativo», en AA.VV., F. Rojas Vargas, J.E. Prado Soriano (dirs.), *Compliance aplicado al derecho penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Ideas Solución, Lima, 2019, pp. 81-96.

⁸⁵⁴ Vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, O., «Gestión del riesgo», cit., pp. 242-246. Este autor enlista una serie de potenciales riesgos que deberán identificarse conforme a la actividad y al sector a la que se dedica y en el que se desenvuelve la empresa, así: los riesgos vinculados a la gestión de: gobierno corporativo; órganos de administración; de operaciones societarias especiales; de relaciones laborales; de información, protección de datos y uso de tecnología; económica-financiera, de diseño, fabricación y producción; urbanísticos, marketing, comercialización y distribución. Y en el ámbito sectorial, el bancario; sanitario y farmacéutico; aeronáutico y aeroportuario; energético; y de las telecomunicaciones.

⁸⁵⁵ «Mapa de riesgos» cit., p. 99.

⁸⁵⁶ En el apartado Anexos de este trabajo se recogen los delitos atribuibles con sus respectivas particularidades.

marco penal sobre el que se deberá elaborar las acciones preventivas del Plan, dependiendo del sector de actividad que desarrolla la empresa, así como cualquier actividad vinculada a ésta⁸⁵⁷.

Resulta indispensable, por ende, que para su elaboración se cuente con profesionales abogados con experiencia en el área penal, quienes conjuntamente con el personal experto en prevención de riesgos, elaborarán las acciones a tomarse para prevenir o hacer frente a los delitos enlistados en el mapa. Se requiere, en la tarea penal, conocimiento profundo tanto en cuestiones sustantivas de la parte general del COIP, de la estructura del tipo, sobre todo, dominio en cuestiones de elementos objetivos del tipo; esto para efectos de la elaboración del mapa, cuanto de las medidas preventivas que se toman para evitar o contrarrestar los delitos, toda vez que las descripciones de los tipos atribuibles a las personas jurídicas en muchas ocasiones contemplan cuestiones complejas, como por ejemplo, en aspectos relativos a elementos normativos o descriptivos que merecen ser observados con minuciosidad para efectos de una correcta planificación de las acciones preventivas.

El primer documento del Plan a elaborarse, previo a confeccionar el mapa de riesgos, es el documento de descripción técnica de la persona jurídica, en el que se incluirá una serie de información relevante, como por ejemplo, el nombre, la denominación o razón social, la nacionalidad, el domicilio y la fecha de constitución; el objeto social o la actividad o actividades a las que se dedica; la misión; el ámbito geográfico; la estructura jurídica detallada de la organización, con especial detalle de los órganos de representación; la estructura organizativa de la empresa debidamente detallada (departamentos o áreas funcionales) en la que se debe diseñar un organigrama, al menos sucinto; el número de trabajadores; y, cualquier otra especificación que se considere pertinente tomando en consideración el objetivo de la actividad. Se trata del documento informativo base para la tarea de elaboración del mapa, de allí su necesidad técnica.

Ahora bien, en el caso ecuatoriano, la lista de delitos es mayor que la de países como Argentina, Chile, España y Perú. De ahí que, en la elaboración del mapa de riesgos se requiera un esfuerzo adicional, respecto al que ha de observarse en aquellos países en donde solamente uno, dos o tres delitos les son atribuibles a las personas jurídicas a título de responsabilidad penal. Con esa advertencia corresponde, entonces, proceder a describir su estructuración.

⁸⁵⁷ En este sentido se recomienda no solamente fijarse en la rama de actividad empresarial de la organización, sino además a todas aquellas actividades vinculantes a las que se dedicará la empresa en el ejercicio de esa actividad sectorial, Vid. AYALA DE LA TORRE, J., «Claves Prácticas», cit., p. 79.

- a) Una de las primeras actividades a ejecutarse es la separación de los delitos, entre aquellos que pese a formar parte del catálogo *numerus clausus* luego de un primer análisis detallado se determinen que no pueden ser cometidos en la empresa dado su actividad sectorial⁸⁵⁸; de esa forma, se los excluirán también del siguiente análisis para establecer las medidas preventivas del Plan. Empero, no se trata de una exclusión unilateral la que realizan los expertos; se requiere de un proceso en el que se involucre a la dirección de la empresa y se pondere cada una de las actividades con los potenciales riesgos, tomando en consideración las sucursales que existan⁸⁵⁹. En caso, por ejemplo, de que se trate de una empresa que se dedique a la producción y comercialización de varios bienes o servicios, deberán considerarse todos los potenciales delitos que se puedan cometer en cada sucursal, para así poder excluir las infracciones penales imposibles de cometerse en un contexto general de toda la empresa. No necesariamente tendrá que elaborarse un mapa de riesgo para cada sucursal⁸⁶⁰, bastaría con uno sólo, en el que se contemplen las circunstancias y actividades tanto de la matriz como de cada sucursal que tenga la entidad.

La elaboración del mapa de riesgos penales puede estar a cargo de una persona, comisión o grupo de personas, según el tamaño de la empresa. En todo caso, como se advirtió, las decisiones que se vayan adoptado deberán contar con el involucramiento del personal de alta dirección.

- b) Una vez excluidos los delitos que no se podrán cometer dentro de la persona jurídica en la que se implementa el mapa, corresponde enlistar aquellos que sí pueden ser cometidos. Comienza la elaboración propiamente dicha del mapa, como primera parte del plan de prevención. Se procederá, entonces, a catalogar las infracciones con las descripciones completas de sus respectivos tipos penales, así como la numeración de los artículos del COIP, y colocarlos en una matriz que constituye el primer documento del mapa.

Luego, en otro documento un poco más extenso se determinan los riesgos que encierran cada uno de los delitos seleccionados y los diferentes departamentos, áreas

⁸⁵⁸ Vid. SÁNCHEZ MARTÍN, M., «Responsabilidad penal de», cit., p.487. Además este autor recomienda que esa actividad de exclusión de delitos, debe realizarse en un proceso que incluya reuniones con los representantes de la empresa y con el Consejo de Dirección para que en este marco se decida finalmente la exclusión.

⁸⁵⁹ IBIDEM.

⁸⁶⁰ Cfr. IBIDEM, en sentido contrario el autor sugeriría un mapa distinto para la matriz y para las sucursales, al sostener que en caso de haber sucursales, «*el mapa de riesgos no tiene porqué ser igual en todas*».

o actividades de la empresa en los que se pueden cometerlos, esto se hace en una matriz junto a cada delito catalogado previamente.

6.2.- La gestión de los riesgos

Para efectos de establecer una metodología en aras a una adecuada gestión de los riesgos en el país, además de los estándares internos, se deberá acudir o tener como referencia ciertos estándares internacionales, entre los que se cuentan, la metodología COSO II, en la que se destacan cuestiones como el ambiente de control, la evaluación del riesgo y la necesidad de respuesta; el Sistema de Administración de Riesgo Operativo de Colombia (SARO) para la gestión de riesgo en el ámbito financiero; las Normas ISO 31.000:2009 de gestión de riesgos en actividades, funciones o procesos; el Sistema de Análisis de Peligros y Puntos Críticos de Control de España de evaluación, identificación y prevención de riesgos contaminantes, estableciendo acciones tanto preventivas como correctivas para el control en el sector alimentario; y, la UNE-ISO 31.000:2010 también de España, todos ellos como referencias de gestión de *compliance*.

Se tratan de estándares que contienen rangos comunes de gestión del riesgo⁸⁶¹, que perfectamente, pueden servir de guía para que las empresas ecuatorianas adopten pautas de esos modelos internacionales de gestión a la hora de elaborar sus respectivos planes. De ellos, puede seguirse el ejemplo de normalización desde lo externo a lo interno como lo ha hecho España en el caso de las UNE-ISO 31.000:2010, en lo que respecta con la gestión de *compliance*.

Uno de los aspectos relevantes a la hora de la gestión del riesgo que sugieren en los estándares internacionales de gestión, consiste en previa necesidad de identificar en qué procesos o subprocesos de la dinámica empresarial puede darse cada riesgo para a partir de allí gestionarlo.

Ecuador no es ajeno al sistema de gestión de riesgos al interior de las personas jurídicas en determinados sectores de la actividad empresarial.

En efecto, en el ámbito societario de seguros y valores existe normativa que regula la necesidad de actividades y herramientas que configuran el mapa de riesgos, destinado a prevenir, detectar y erradicar la práctica de ciertas actividades delictivas. Así, en el ámbito societario la SUPERCIAS ha expedido las «Normas de Prevención de Lavado de Activos,

⁸⁶¹ Encaminados a definir políticas que reflejen los objetivos de la organización de respeto a la legalidad, Vid. LÓPEZ RODRIGUEZ, O., «Gestión del riesgo», cit., p. 240.

Financiamiento de Terrorismo y Otros Delitos»⁸⁶², que según el art. 1, regula las políticas, los procedimientos y los mecanismos de prevención, para las personas jurídicas sujetas a control de esta entidad y dedicadas a ciertas actividades⁸⁶³. Esta normativa en el art. 2 define, entre otras cuestiones, lo que ha de entenderse por administración y mitigación del riesgo, refiriéndose a éstas, como la obligación de establecer controles, políticas y procedimiento que permitan a las entidades que les permitan anular o reducir los riesgos identificados.

El control interno financiero es entendido como aquel plan de organización, métodos y procedimientos de la entidad obligada, con capacidad de influir en la confiabilidad de sus registros contables, así como en la veracidad de sus estados financieros (art. 2 NPLAFTOD).

Los riesgos en esta normativa son considerados como factores en los elementos o características del cliente o de la operación; estos riesgos van a determinar en mayor o menor probabilidad, el riesgo de operaciones inusuales. Luego, dos clases de riesgos son advertidos en la citada normativa: el legal y el reputacional. El riesgo legal es considerado como la permisibilidad negligente o dolosa para que a través de una empresa se lave activos, con las consecuentes implicaciones de pérdidas económicas y de sanciones penales que esta actividad le implique; es decir, el riesgo legal es advertido tanto en la posibilidad de cometer delitos cuanto en las consecuencias económicas y penales que ello implica. Por riesgo reputacional se entiende a la pérdida de prestigio o desprestigio de la empresa que incurra en lavado de activos.

Por otro lado, como atenuante de RPPJ, el art. 49 del COIP dentro de los requisitos mínimos del *compliance*, en el numeral 1 se refiere a la «*identificación, detección y administración de las actividades en las que se presente riesgo*». Como se puede notar, la descripción plasmada por el legislador ecuatoriano, no es otra cosa que el Plan de Prevención, que contiene el mapa y la gestión de los riesgos penales analizados *supra*.

7.- El régimen interno disciplinario y sancionador

Como ya se ha indicado, la tarea procedimental de las investigaciones sobre delitos que se cometan en el ejercicio de la actividad empresarial, le corresponde al encargado de gestionar las denuncias que reciba a través del canal, quien luego de finalizar su investigación, presenta su informe final debidamente fundamentado y motivado con las debidas pruebas recabadas, y en el que sugiere o recomienda la imposición de una o más sanciones. Este informe lo

⁸⁶² Expedido mediante Resolución SCVS-INC-DNCDN-2019-0020, publicado en el Segundo Suplemento de RO No 96 de 09 de diciembre de 2019.

⁸⁶³ A las enumeradas en el art. 5 de la «Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y de Financiamientos de Delitos».

presenta ante el responsable de cumplimiento normativo y ante el órgano administrativo. Será el encargado de cumplimiento –siempre que tenga facultades sancionadoras y no meramente de reporte–, o el consejo de administración, o los responsables o encargados de área, o la alta dirección en general, quienes, según el caso, impongan al infractor la o las sanciones correspondientes que se encuentren debidamente señaladas en el código de ética o de conducta.

Se trata de un sistema normativo en el que se determinan las conductas contrarias al programa y, por ende, a la filosofía ética y de cumplimiento de la persona jurídica. Conductas que a su vez, contienen las respectivas «*consecuencias jurídicas vinculadas al desconocimiento intencional de su contenido*»⁸⁶⁴, las que han generado cierta polémica sobre todo en cuestiones derivadas del derecho fundamental a la legalidad penal –que involucra a la propia Constitución y a los Códigos penales de las legislaciones en las cuales se los adopte dentro del *criminal compliance*–. en el sentido de que se estaría facultando a la empresa a crear procedimientos e imponer sanciones penales, tornando esta función, en una suerte de «*privatización del proceso y Derecho penal*»; sin embargo, se trata por el contrario, de la necesidad de que ese régimen disciplinario y sancionador a decir de JUANES PECES, no «*regule infracciones e imponga sanciones por la vulneración del programa de cumplimiento de la organización, sino que esta cuente con un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento*»⁸⁶⁵. Entonces, se trata de normas de exigibilidad del cumplimiento normativo que articulan procedimientos con sanciones previamente establecidas acordes a las diferentes áreas de regulación, como las de trabajo, administrativa, penal, entre otras, todo en apego al principio de legalidad sancionadora.

El régimen interno disciplinario y sancionador en Ecuador, en materia de RPPJ asoma desde las reformas de 2021 bajo la denominación de «*normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema*» (art. 49.10 COIP).

8.- Revisión y modificación periódica del programa

Se trata de otro de los requisitos mínimos del *compliance* atenuante de RPPJ (art. 49.3 COIP) «*Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes*

⁸⁶⁴ AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), «Compliance Penal», cit. p. 375.

⁸⁶⁵ A decir del autor, no se trata de que la norma tipifique conductas y disponga sanciones, sino que por el contrario se trata de configurar un sistema jurídico y organizativo que sirva para detectar las infracciones e imponer sanciones ya previstas sean estas de tinte laboral, administrativas e incluso penales y de ser el caso, completarlas o particularizarlas para la organización a través de ciertas fórmulas remisivas que vengán a satisfacer las exigencias de aquel principio de legalidad en materia sancionadora, AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), «Compliance Penal», cit., pp.53-54.

de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales».

Tanto la naturaleza de las actividades, así como la dinámica de la organización empresarial, exigen que no sólo los *compliance* sino cualquier otro plan que contenga pautas de funcionamiento, requieran su constante revisión y modificación periódica o continuo –como indica la norma ecuatoriana–, la que se llevará a cabo sobre la experiencia de lo actuado *ex ante*. Se trata de una especie de «*monitoreo empírico*» en momentos claves⁸⁶⁶ que permita ir detectando los fallos y a la vez corrigiéndolos, dado las circunstancias internas o externas que se presenten⁸⁶⁷, para que el programa vaya cumpliendo su cometido en la línea del tiempo que actúa. Se trata en definitiva, de una suerte de transformación dialéctica del programa sin perder su esencia.

Las normas ISO 19600-2014 sugieren algunas acciones a tomarse en consideración a la hora de la revisión y modificación periódica del programa. Así, recomienda actuar en caso de que se presenten disconformidades, centrando esas acciones en cuatro lineamientos: a) por un lado, reaccionar con acciones tendientes a controlarlas y corregirlas y, por otro, en caso de que se decida no reaccionar o no se pueda, se debe hacer frente a las consecuencias con la responsabilidad que el caso amerite; b) hay que evaluar la necesidad de acciones para eliminar los factores causantes de las inconformidades; c) será imperioso, a partir de esas disconformidades detectadas, tomar un plan de acciones necesarias; y, d) finalmente, habrá que revisar responsablemente, la eficacia de las acciones correctivas que la empresa haya decidido adoptar a raíz de lo antes indicado, y además, de ser el caso, readecuar o realizar los cambios necesarios en el sistema de gestión del *compliance*⁸⁶⁸. Todo esto con el objetivo de ir mejorándolo continuamente de manera eficaz, y adecuándolo a las necesidades y exigencias de cada empresa, mediante la recogida, el análisis y la evaluación de la información⁸⁶⁹ que se genera en la organización⁸⁷⁰.

En el Derecho comparado, las recomendaciones indicadas *supra*, son acogidas en España en las Normas UNE, y al igual que las en las ISO, las recoge en un Capítulo 10, en el que «*pone de manifiesto que un sistema de gestión de compliance penal es una estructura viva, llamada a evolucionar constantemente para ceñirse a las circunstancias internas y externas*

⁸⁶⁶ Ante cambios en la empresa (sea en el control, en su actividad, entre otros) que puedan afectar el mapa de riesgos penales; ante incumplimientos; y, periódicamente con auditorías y controles.

⁸⁶⁷ Circunstancias internas como nuevos mercados, o externas como cambios normativos, entre otros, Cfr. AYALA DE LA TORRE, J.M., «Compliance», cit., p. 80.

⁸⁶⁸ Cfr. AA.VV., F. Bonatti Bonet (dir.), «Sistemas de Gestión», pp. 79-80.

⁸⁶⁹ Vid. AA.VV., F. Bonatti Bonet (dir.), «Sistemas de Gestión», p. 80.

⁸⁷⁰ Norma ISO 19600:2014 Capítulo 10, aptdo.10.1 y 20.2.

de la organización y aumentar constantemente su eficacia»⁸⁷¹, caso contrario perderá su norte.

Finalmente, luego de su revisión y la debida modificación que deberá ser aprobada y documentada, deberá indicarse la fecha desde la que surtirá efectos esa actualización o modificación, advirtiéndose debidas consecuencias de vigencia o derogatoria del Plan actual y del que resulte actualizado⁸⁷²; así como también, se ha de hacer constar la fecha de la próxima revisión.

9.- Conocimiento del Compliance en la persona jurídica

El art. 49.7 del COIP, exige como uno de los requisitos mínimos del *compliance* atenuante, «Programas de capacitación del personal».

El conocimiento del *compliance* por parte de todo el personal interno, externo, de primera y de segunda línea, sus socios, y todo el personal vinculado a la o las actividades de la empresa, resulta imprescindible a la hora de lograr su cometido. Se trata de un conocimiento formativo técnico y en valores, es decir, de cuestiones referidas a los procesos de cumplimiento, así como a cuestiones éticas⁸⁷³. De ahí que, entre otras cosas, se deba emprender sendas campañas de capacitación de todos y cada uno de los parámetros que contiene, pues, resulta necesario a través de ella, la formación y la concientización en *compliance*⁸⁷⁴. Se trata de una especie de formación humana para que el personal se adecue en el ensamblaje del *compliance* y éste, a su vez, pueda funcionar en la forma esperada.

Corresponderá esa tarea al departamento de recursos humanos, que para el efecto deberá prepararse o, a su vez, apoyarse en personal externo experto en *compliance*. Las capacitaciones deberán estar acompañadas por la difusión a través de diferentes canales, como plataformas virtuales, anuncios en carteleras, tabloneros de anuncios, entrega de documentos guías a cada persona vinculada con la actividad empresarial, etc. Se trata de un entrenamiento acorde a los riegos que implican la actividad o actividades que desarrolla la empresa, así como en comportamientos o conductas éticas. Esa formación o entrenamiento puede ser a veces *agenérica*, en ocasiones adaptada a los riesgos concretos que los

⁸⁷¹ CASANOVAS YSLA, A., «Compliance penal normalizado», cit.

⁸⁷² Vid. PUYOL, J., «El mantenimiento constante del modelo de *compliance* y su actualización periódica», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 279-284.

⁸⁷³ Vid. NAVARRO VILLAVARDE, E., «Cultura de cumplimiento», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 285-299.

⁸⁷⁴ Vid. BRUÑÉN BARBERÁ, F., «La prevención del fraude y de la corrupción», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 175-218. Sugiere el autor el aseguramiento «de prácticas de recursos humanos, incluyendo el reclutamiento, promoción, entrenamiento, evaluación del desempeño, remuneración, reconocimiento y ética comercial en general (...); el personal clave en áreas expuestas a un alto riesgo de corrupción debe capacitarse y ser evaluado de manera regular».

diferentes trabajadores afectan (por ejemplo, el directorio puede necesitar una formación distinta a los miembros del departamento financiero y al departamento de compras), en tal sentido, cada sujeto debe saber cómo enfrentar los riesgos de su actividad en la empresa⁸⁷⁵.

De ser factible, y de conformidad con el tamaño y la diversidad de actividades de una empresa o corporación, se recomienda el funcionamiento –dentro del departamento de recursos humanos– de una oficina o personal encargado de «*educación continua*» para que de forma permanente dicte charlas o talleres y, a la vez, sirva como órgano consultor de dudas que respecto de determinadas cuestiones de *compliance*, se susciten en el personal de la empresa y en todos aquellos que deben someterse al cumplimiento de la legalidad.

10.- *Criminal compliance* y empresas públicas

Ya se ha indicado que conforme a la regulación ecuatoriana de la RPPJ las empresas públicas no responden penalmente, y también se ha dejado advertido la no justificación de esa no inclusión dentro de esa responsabilidad penal a determinadas empresas públicas, así como su necesidad y no imposibilidad regulatoria, sobre todo, cuando los últimos acontecimientos con tinte jurídico-penal en Ecuador en materia de corrupción han salpicado a varias empresas e instituciones públicas.

En este sub epígrafe de forma somera se ha abordar algunas consideraciones, solamente respecto de *compliance* y empresa pública mercantil, las que como ha indicado anteriormente, se encuentran reguladas en Ecuador al amparo de la LOEP. Empero, antes de abordar la RPPJ empresa pública, se ha de tomar postura en la discusión actual en favor de la incorporación del *compliance* en el sector público, sobre todo en países como Ecuador que en la última década ha visto desfilar actos de corrupción en este sector, lo que ha generado un nivel de percepción de corrupción de 72 sobre 100%, ubicando al Ecuador de entre los 10 países más corruptos de la región latinoamericana, con un nivel alto de corrupción y debilidad extrema en política anticorrupción⁸⁷⁶, pese a que como también se ha dejado indicado, el país cuenta con todo un sistema normativo que desde la CRE proclama –al menos en teoría– la lucha contra la corrupción en el sector público. De ahí que, surja la necesidad de *compliance* en ese sector, con estructura y contenido propio acorde a las necesidades de las entidades que lo conforman, partiendo de nuevos enfoques del control interno local, basados en la planificación y el análisis de los riesgos⁸⁷⁷ (aplicables no

⁸⁷⁵ Comentarios realizado por NEIRA PENA, A., al borrador de este trabajo, 16/02/2021.

⁸⁷⁶ Indicador de Corrupción para América Latina (CESLA 2018), disponible en: <https://www.cesla.com/pdfs/Informe-de-corrupcion-en-Ecuador.pdf>

⁸⁷⁷ Vid. BENITEZ PALMA, E., «Herramientas para el análisis de riesgos en el control interno local: de los indicadores de transparencia al checklist normativo», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2018, pp. 19-32.

solamente a municipios sino también a toda entidad pública en mayor o menor medida según sus necesidades), tendientes a tornar efectivos los mecanismos regulatorios existentes, pero también dando cabida para la estructuración del *compliance*, sobre todo en entidades vinculadas con los procesos de contratación pública, en la gestión de ingresos⁸⁷⁸ y manejo de recursos en las instituciones del sector público, entre otros.

10.1.- *Compliance* y Empresa Pública

Como se ha indicado, la regulación de los arts. 49 y 50 del COIP incluyen únicamente en materia de RPPJ a las personas jurídicas de derecho privado, cerrando por ende, la posibilidad de responsabilizar penalmente a las de derecho público. Ahora bien, con esa regulación cabe cuestionarse ¿cuál es el panorama de las empresas de economía mixta, que unen capitales públicos y privados para formarse en corporaciones o no, e intervenir en determinados negocios o actividades productivas y económicas? Al respecto, a su vez se ha de plantear dos sub interrogantes. La una en el sentido de si en estos casos solamente responde a título de RPPJ las de derecho privado. O sí, por el contrario, en esos casos particulares, no responden penalmente por cuanto están involucradas personas jurídicas de derecho público.

En el primer caso, de hacerse una distinción a la hora de determinar la RPPJ de derecho privado dejando de lado a la de derecho público, se peca de caer en un «*Derecho penal de autor*», que discriminadamente persiga solamente a una y no a la otra pese que del cometimiento de la infracción se beneficiaren las dos. Ello puede tornar injusto el trato, si cuando por ejemplo, además, no se pueda verificar quien cometió el delito y por ende, se pretenda separarlas a la hora de procesar a una y a otra no, y si además, sea en realidad la pública la que ejecutó la infracción y se benefició de la misma en gran medida, pero indirectamente beneficia a la de derecho privado.

Por otro lado, ¿qué sucedería si el hecho de referencia del delito se verifica en el gerente o representante o funcionario de la persona jurídica de derecho público y por el que se benefician las dos empresas? En este caso al tenor del art. 49 del COIP, ese funcionario público no forma parte de las personas por las que se le atribuye el «*hecho de referencia*» por el que la persona privada debe responder penalmente, en consecuencia, ha de responderse la segunda interrogante planteada en el sentido de que la persona jurídica de derecho privado en estos casos no responderá penalmente.

⁸⁷⁸ Para mayor abundamiento del tema véase, TORRIJOS RODRIGUEZ, I., «Riesgos en la gestión de ingresos del Sector Público Estatal» *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2018, pp. 145-154.

En todo caso, la cuestión resulta un poco compleja, empero, evidencia que en esos casos solamente un programa de cumplimiento eficaz con los parámetros adecuados, permitirá a la empresa de derecho privado eximir su RPPJ (esto en caso de que se incorpore en el COIP el compliance como eximente) cuando se verifique un delito en actuación conjunta con la persona jurídica de derecho público, amén de que la cuestión no resulte del todo justa –le tocará probar, a través del *compliance* que no fue la responsable del delito–, invirtiéndose en este caso en su contra la carga de la prueba.

Ahora bien, la cuestión pudiera zanjarse con la necesidad de *lege ferenda* de una responsabilidad penal de la persona jurídica empresa pública, para las que, dependiendo de su objeto y del servicio que pudieran prestar, se establezcan penas de multa⁸⁷⁹, ya que no se prevé en Ecuador la intervención judicial como pena sino únicamente como medida cautelar. Luego, en la también necesaria incorporación del *criminal compliance* como eximente, esta clase de empresas podrán eximir o atenuar su responsabilidad penal, lo que a su vez, permitirá por esta vía penetrar con la autorregulación regulada en espacios de actuación del sector público y, a la postre, tornar al *compliance* un instrumento de combate contra la corrupción en ese sector.

Una referencia a tomar en consideración respecto de la necesidad de regular la situación de las empresas de economía mixta⁸⁸⁰ ser en la región, puede ser la experiencia de la regulación peruana del Reglamento de la Ley N° 30424 que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, que al describir su ámbito de aplicación, involucra también en la necesidad del *compliance* a las empresas peruanas o sociedades de economía mixta; y fuera de la región, con la evolución del art. 31 quinquies del CP de España⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ Esa pena por ejemplo, es contemplada en el art. 31 quinquies. 2, del CP de España, en donde se responsabiliza también a las «*sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal*», BOE, Código Penal y legislación complementaria, disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=38&modo=1¬a=0>

⁸⁸⁰ En la doctrina española, sobre esta posibilidad véase a NEIRA PENA, A., «Colaboración público-privada como estrategia para combatir la corrupción: el sistema de RPPJ y los programas de prevención delictiva», en AAVV, M. Fuentes Loureiro (coord.), S. Rodríguez-López, L. Puente Aba (dirs.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal*, 2017, Comares, Granada, pp. 93-127.

⁸⁸¹ El art. 2 del Decreto señala que «*El presente Reglamento alcanza a todas las personas jurídicas señaladas en el artículo 2 de la Ley N° 30424, que comprende a las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta, que puedan estar expuestas al riesgo de comisión de los delitos recogidos en el artículo 1 de la misma norma*», Reglamento de la Ley N° 30424 que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, Decreto Supremo N° N° 002-2019-JUS, disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/reglamento-de-la-ley-n-30424-ley-que-regula-la-responsabil-decreto-supremo-n-002-2019-jus-1729768-3/>

Capítulo 3. La persona jurídica en el proceso penal

I. Los derechos fundamentales de la persona jurídica procesada en el sistema jurídico regional y en el marco nacional ecuatoriano

1.- Planteamiento

El sistema procesal penal ecuatoriano que aspira un modelo de corte adversarial conforme a la Exposición de Motivos del COIP, se fundamenta en los principios del sistema acusatorio⁸⁸². De ahí que, es al amparo del advertido modelo y sistema procesal, el marco en el que se deberá enjuiciar criminalmente a la persona jurídica, sobre la base de los derechos fundamentales o garantías procesales aplicables a las personas naturales en la medida que les sean compatibles, ello por la simple razón de ser considerada sujeto pasivo del proceso penal.

Así, la CRE en el art. 75 al garantizar la tutela judicial a «*toda persona*», sugiere que esta garantía no solamente se aplica respecto de una clase de persona –la natural o física–, sino que, en sentido amplio, también se debe observar en la persona jurídica –en aras de garantizar un tratamiento equitativo–, sobre todo ahora que desde 2014 puede ser procesada penalmente. Luego, toda la regulación constitucional que da sustento al proceso penal de la persona natural le debería ser aplicable también a la persona jurídica en la medida que le sea compatible, sin embargo, la praxis procedimental puede diferir de esta aspiración.

El proceso penal ecuatoriano fraguado sobre la tradición humana individualista del enjuiciamiento, desde agosto del 2014 ha sido puesto a prueba con el sistema de RPPJ. A partir de ahí, se activa también el juzgamiento de una persona diferente de la natural o física contra las que antaño solamente se erigía. Lo indicado, permite afirmar que el enjuiciamiento de la persona jurídica se trata de algo «*revolucionario*», que viene a mover los cimientos del proceso penal ecuatoriano ideado, estructurado y concebido por mucho tiempo para procesar únicamente a las personas naturales.

Puede que precisamente sea lo novedoso y transformador de la institución, lo que haya llevado al legislador ecuatoriano a actuar con mesura a la hora de regular la parte procesal de la RPPJ; o quizás, al contrario, puede que su posición sea la de dotarle de un procedimiento penal dependiente de aquel que se siga contra la persona natural con determinadas excepciones; o puede que su intención sea la de que todo el Libro II del COIP, se aplique también en el proceso penal de la persona jurídica en la medida que le sea compatible. Lo cierto es que, con la actual regulación, el panorama se asoma incierto no sólo

⁸⁸² Vid. VACA ANDRADE, R., *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico integral Penal*, Tomo I, Ediciones Legales, Quito, 2014.

a nivel interno sino también regional, donde el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona jurídica resulta también incierto o cuanto menos incipiente, pues, toda la construcción garantista regional de esos derechos, centra la atención en la persona natural o física⁸⁸³, negando expresamente de esa posibilidad a la persona jurídica.

Ecuador, como Estado del continente americano, al decidir soberanamente formar parte de la Organización de Estados Americano (OEA), y de la CIDH, entre otros organismos regionales, decidió también acogerse al sistema de protección estatutario de dichos organismos, los que como aquí se verá, parecen –hasta ahora– no aceptar a la persona jurídica como titular directo de los derechos fundamentales⁸⁸⁴ consagrados en sus estatutos, dentro de los cuales se enmarcan las garantías procesales⁸⁸⁵.

El presente epígrafe comprende por una parte, el análisis de la situación de una persona jurídica procesada en el ámbito regional, así como el análisis de sus derechos fundamentales en este mismo ámbito. Pero también, por otra parte comprende el análisis de los derechos fundamentales de la persona jurídica procesada en el ámbito nacional. De ahí que, con auxilio de la regulación regional y nacional sobre persona jurídica y derechos humanos, en un análisis exegético de esa normativa y de su jurisprudencia, a continuación se establece el estado de la cuestión de la persona jurídica procesada en el ámbito regional, y sus derechos fundamentales en sede regional y local.

2.- La situación procesal de la persona jurídica en el ámbito regional convencional

Partiendo desde el ámbito del Derecho internacional privado regional, a continuación se analiza el estado actual de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal en ese contexto.

⁸⁸³ Igual como ocurre por ejemplo en el seno de la UE, en donde las garantías procesales estarían centradas, conforme lo afirman ciertos autores, de forma prioritaria en las personas físicas, Vid. VERMEULEN, G.; DE BONDY, W.; RYCKMAN, CH., *Liability of legal persons for offences in the EU*, IRCP-Series, vol. 44, European Commission, DG Justice (JLS / 2010 / JPEN / PR / 0009 / E4), 2012; Vid. PÉREZ GIL, J., «Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 25-46.

⁸⁸⁴ Contrario de lo que ocurre en Europa, en donde «*Si un particular o una empresa considera que un acto de las instituciones de la UE que le afecta directamente viola sus derechos fundamentales, puede someter el asunto al Tribunal de Justicia, que puede anularlo bajo determinadas condiciones. Sin embargo, un particular no puede emprender una acción contra otra persona (natural o jurídica) o contra un Estado miembro ante el Tribunal de Justicia*». Portal Europeo de Justicia, disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_fundamental_rights-176-es.do

⁸⁸⁵ De ahí que, se hace necesario en el ámbito externo o regional, un afianzamiento de los niveles de protección equiparables entre persona naturales y jurídicas sujetas tanto a investigación cuanto a un enjuiciamiento penal, bajo la advertencia de la posibilidad o compatibilidad. Cfr. PÉREZ GIL, J., «Marco normativo supranacional», cit., p. 37.

2.1- La persona jurídica en el Código Sánchez de Bustamante

El Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante⁸⁸⁶ (CSB) que rige en ese ámbito a varios Estados de la región, entre ellos Ecuador, regula ciertas cuestiones extraterritoriales de la persona jurídica, sobre todo, en el reconocimiento de los derechos civiles entre los contratantes. Además, y en lo que incumbe, establece parámetros internacionales cuando en el ámbito penal y procesal penal se encuentre involucrada una persona jurídica.

En efecto, el CSB reconoce a cada Estado parte, el derecho para la determinación de la «*nacionalidad de origen*» de sus personas naturales o jurídicas, para efectos de dirimir controversias internacionales por conflictos de nacionalidad en que puedan incurrir (art. 9), esto equivale a que para efectos de establecer la nacionalidad de las personas jurídicas, cuando por ejemplo, en su procesamiento como miembro de un Estado parte, se involucren elementos de extranjería que generen duda respecto de su nacionalidad, esa situación se zanje primero en la regulación interna de su Estado. Posteriormente, en los arts. 13 al 20, se pueden encontrar posibles soluciones internacionales a la hora de abordar otros elementos de extranjería relativos a conflictos sobre la materia, en los que se vean involucradas las personas jurídicas de uno o más Estados suscribientes. Pero, lo que al parecer el CSB no aborda –al menos no de forma expresa–, tiene que ver con la situación que se puede presentar en casos de varias nacionalidades de una misma persona jurídica de un Estado parte y otro Estado o persona natural o jurídica de un tercero no parte⁸⁸⁷.

En materia de Derecho procesal internacional, el citado cuerpo normativo contiene normas procesales generales de obligatorio acatamiento para los Estados partes a título de principios, como las que atribuyen la competencia a tribunales, o las referentes a la organización judicial, a las formas de procesamiento y a la ejecución de sentencias e impugnaciones, a la ley de cada Estado parte (art. 314); así como, la prohibición de crear o mantener al interior de los Estados parte «*tribunales especiales*» de juzgamiento. Esta prohibición, ampararía únicamente a Estados o personas individuales o jurídicas de otro Estado parte, dejando al margen a terceros Estados (art. 315). Respecto de la competencia, el CSB la diferencia en tres clases: la *ratione loci*, *ratione materiae* y la competencia *ratione personae*⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, disponible en: <https://www.fielweb.com/ln dex.aspx?69abf6id>

⁸⁸⁷ Al parecer, este tema que no será ahondado ahora, se encuentra fuera de los límites de alcance de este Código, más aún, cuando conforme al art. 21 se determina que el art. 9 no se aplica cuando a pesar de que una persona jurídica pertenezca a un Estado parte, éste no le haya atribuido nacionalidad. Este problema puede acarrear también conflictos de no fácil solución respecto del domicilio de las personas jurídicas en el mismo supuesto planteado en la interrogante.

⁸⁸⁸ Arts. 316 y 317 del CSB.

En esencia, el CSB asume un rol garantista⁸⁸⁹ no sólo de derechos civiles sino también procesales aplicables en un juicio penal a las personas jurídicas en el ámbito regional y convencional privado. Otras cuestiones como la nacionalidad de los diferentes tipos de personas jurídicas (corporaciones, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles, mercantiles o industriales no anónimas y anónimas), así como su cambio o traspaso, configuran la normativa regional que permite abordar con claridad en el ámbito externo, cuestiones generales del proceso penal.

Y ya en cuestiones más puntuales, el CSB determina la competencia en materia de procesamiento penal, concediéndole esa potestad a los jueces y tribunales del lugar donde se cometa la infracción (art. 340). Esta regla general de competencia abarca también conforme al art. 341, a todas las demás infracciones que –conforme a este Código– se aplique la ley penal del Estado parte; así como para juzgar las infracciones cometidas en el extranjero por los funcionarios de los Estados que gocen de inmunidad (art. 342), estableciendo como única excepción, las personas y las infracciones penales que no estén reguladas por el Derecho penal del Estado contratante (art. 343).

Además, cuestiones como el derecho a comparecer a juicio en los respectivos Estados parte donde sea requerida penalmente; el derecho a la fianza, a la caución y otras medidas cautelares; los exhortos, comisiones o rogatorias; excepciones de cosa juzgada, declinación de competencia; reglas de prueba, reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras; casación y ejecución de sentencias, son materia de regulación del CSB y que configuran el marco normativo internacional plenamente aplicables a las personas jurídicas de los Estados suscriptores de este Código.

Como se puede notar, la regulación advertida hace del CSB el instrumento legal apropiado en el ámbito de las relaciones entre Estados contratante y suscribiente a la hora de abordar cuestiones de extranjería, respecto de sus personas jurídicas involucradas en un proceso penal.

2.2.- La persona jurídica en la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado⁸⁹⁰

⁸⁸⁹ En el sentido de que provee a nivel regional –al menos a los Estados partes– de herramientas procesales que les permitan conducirse ante eventuales conflictos jurídicos transnacionales. Los principios generales o rectores que el propio CSB ha denominado «*Derecho procesal internacional*», recogen desde los arts. 314 al 317 regulaciones procesales básicas que como directrices deben ser observadas por los Estados partes y por ende por los respectivos tribunales.

⁸⁹⁰ Este organismo fue adoptada en mayo de 1984 en el marco de la «Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado» celebrada en la Paz-Bolivia, disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-III-capacidadpersonas.htm>

Adscrita y suscrita por países que forman parte de la OEA, la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado (CIPCPJ)⁸⁹¹ define lo que ha de entenderse para los Estados suscribientes como «*persona jurídica*»⁸⁹². En efecto, el art. 1 la define como la entidad que tiene su propia existencia y responsabilidad, distintas de las de sus miembros que la conforman. Además, el citado artículo determina que la calificación de persona jurídica le compete a la ley del lugar de su constitución⁸⁹³. Precisamente, esa *responsabilidad propia*⁸⁹⁴ a la que se refiere la citada definición, ha sido uno de los argumentos de peso para enrumbar el camino hacia su responsabilidad penal.

Según la aludida definición convencional, le corresponde a cada Estado suscribiente en el que se constituya la entidad, la calificación de persona jurídica, lo que evidencia el carácter local o territorial que da esta Convención a la persona jurídica para la atribución de sus derechos y obligaciones. Lo advertido, bien puede en lo posterior, por una parte, ayudar en la solución de posibles conflictos jurídicos en los que se vean envueltas las entidades en su actuar, incluido el penal; y, por otra parte, y conforme a su objetivo, permitirá dirimir eventuales conflictos de leyes sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en ámbito del derecho internacional privado.

Hay que tomar en cuenta esta Convención, porque bien podría convertirse en un instrumento internacional aunque no regulador de RPPJ, pero sí una guía, sobre todo en aspectos de notificaciones o citaciones procesales, cuando una persona jurídica de derecho privado se haya constituido en un Estado diferente del que se lo quiera procesar, sin perjuicio de las reglas de jurisdicción y competencia propias del Derecho penal del Estado donde se perpetre la infracción. Es decir, de ser ratificada esta Convención por todos los países signatarios llegaría a constituirse en una normativa *supra* para efectos de salvar problemas legales internacionales y, de esta manera poder establecer sin problema las *comunicaciones procesales* en las que se involucren a personas jurídicas extranjeras, como se desprende de lo señalado en su artículo segundo⁸⁹⁵, en consonancia a lo que establece el artículo cuatro⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ Esta Convención es empleada por la CIDH para definir a las personas jurídicas, como se puede observar de la Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016.

⁸⁹² Pese a que Ecuador es país signatario de esta Convención, hasta la fecha no existe constancia de su ratificación.

⁸⁹³ Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-49.html>

⁸⁹⁴ En ese sentido, inclusive, se ha denominado a uno de los modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas como modelo de atribución de responsabilidad penal «*por el hecho propio*» o autorresponsabilidad. Por todos, véase a MARTÍNEZ PARDO, V., «La responsabilidad penal», cit.

⁸⁹⁵ Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-III-capacidadpersonas.htm>

⁸⁹⁶ Pero también, contiene reglas que pueden salvar situaciones conflictivas que se puede presentar ya no tanto con la RPPJ, pero sí entre las personas jurídicas y la figura del «*actuar en nombre de otro*» aplicable en algunas legislaciones como Bolivia por ejemplo, cuando una persona jurídica comete un delito de los no atribuibles vía responsabilidad penal. Esto conforme al artículo 6 de la Convención.

En resumen, la CIPCPJ, además de su regulación sobre cuestiones de capacidad y personalidad de las personas jurídicas de derecho privado, sienta las bases para la construcción de un instrumento internacional que sin ser necesariamente un documento de exclusividad penal, puede contribuir a la viabilización de ciertas cuestiones en los procesos penales contra las personas jurídicas, cuando se presenten ciertos elementos de extranjería que sean necesarios sortearlos para una correcta prosecución penal. De ahí que, sea recomendable, aprovechar esa coyuntura para que los Estados latinoamericanos ratifiquen la Convención y pueda ser útil aunque de modo accesorio en tiempos de RPPJ.

2.3.- La persona jurídica procesada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El panorama respecto al reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona jurídica en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) en calidad de sujeto procesal, por ahora puede resultar incierto. Esta advertencia tiene sustento en una consulta elevada por Panamá y absuelta por la CIDH, respecto de la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el SIDH, en la que se ha concluido que esta clase de personas no están comprendidas en ámbito de protección convencional y, por ende, no gozan de «*la protección interamericana de los derechos humanos*», pues, dicha protección sólo comprende a las personas físicas o personas naturales. En este sentido, en el párrafo 70 de la OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, la CIDH de forma clara advierte que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, y que por ese motivo no ostentan el carácter de víctimas en materia del proceso contencioso del SIDH, ya que al art. 2 de la Convención Americana, «*sólo consagra derechos a favor de personas físicas*», quedando fuera de esa protección las personas jurídicas por no ser titulares «*de los derechos consagrados en dicho tratado*»⁸⁹⁷.

En ese panorama, la situación de la persona jurídica no es alentadora en el marco convencional de los derechos humanos, pues, según la CIDH solamente se considera persona para efectos de protección al «*ser humano*» y no a la persona jurídica. Sin embargo, siempre habrá la expectativa de alcanzar en algún momento un pronunciamiento convencional que incluya progresivamente el necesario reconocimiento –según sus especificidades– a las personas jurídicas en todos o al menos en algunos derechos

⁸⁹⁷ En esta misma línea, la jurisprudencia de la CIDH en los casos Tabacalera Boquerón –que dio lugar al Informe N° 47/97 de 16.X.1997–, y MEVOPAL, S.A. ARGENTINA –que dio lugar al Informe N° 39/99 de 11.III.1999–, aborda denuncias de presuntas vulneraciones a determinados artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En estos casos, se arriba a similares consideraciones que la citada Opinión Consultiva de la CIDH, es decir, de negativa de protección a las personas jurídicas.

fundamentales. Esta aspiración es reforzada por el carácter autónomo de la definición de persona jurídica acogida por la CIDH en su OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997.

2.3.1.- Legitimación procesal para activar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Respecto de esta legitimación, la CADH en el art. 44, sin bien otorga el derecho a los entes colectivos –personas jurídicas– para presentar peticiones, la propia Comisión en el caso *Mevopal y Bendeck-Cohdinsa* ha dejado claro que pese a que las personas jurídicas pueden intervenir como «*peticionarios*» y presentar alegatos, ello no otorga el reconocimiento de su capacidad de «*víctima*» ante el sistema, con lo que se ha bloqueado esa posibilidad que dejaba el citado art. 44, aunque previo el agotamiento de la legislación interna, la persona natural de su seno sí tiene reconocida esa capacidad ante el SIDH. Pero esto no siempre ha sido así, se advierte que en la década del 78 al 87, la Comisión al amparo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁹⁸ (DADDH), aceptó la participación de las personas jurídicas ante el SIDH en calidad de víctimas en sí mismas y no necesariamente vía persona natural de su seno. Esto, en un afán progresista de reconocimiento de esta clase de derechos procesales a las personas jurídicas, pues, como bien advierte algún autor, «*a fortiori esa protección y esos fundamentos son aplicables por analogía al actual sistema*»⁸⁹⁹, es decir, en este razonamiento, partiendo de lo aceptado en las décadas 70 y 80, sería aplicable en la actualidad de forma directa la protección del SIDH.

En resumen, si bien es cierto que la CIDH en su Opinión consultiva ha ratificado posiciones de la Comisión en el sentido de que ésta sólo protege a las personas naturales o físicas, sin embargo, se puede vislumbrar los primeros matices de un futuro reconocimiento, toda vez que, en las consideraciones para negar la protección a personas jurídicas, no lo hace por imposibilidad fáctica sino restrictiva, es decir, porque la CADH no lo permite en su regulación, lo que equivale a decir que por ahora no se puede, hasta que la jurisprudencia de la propia Corte determine lo contrario.

Finalmente, no se puede ignorar este problema que atañe y afecta directamente a la persona jurídica de derecho privado en su estatus de sujeto pasivo de un proceso penal, ante posibles vulneraciones a sus derechos procesales en el interior de los Estados –donde a título de RPPJ es procesada–, lo contrario, sería sostener que en calidad de víctima de esas

⁸⁹⁸ Esto porque en esos años, aunque se encontraba suscrita la CADH (22-11-1969) aún no entraba en vigencia (18-07-1978), de ahí que el instrumento que aplicaba la Comisión, era la DADDH.

⁸⁹⁹ MIGUENS, H., «Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano. Ignacio de Casas y Fernando Toller», Porrúa, México, 2015, disponible en <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/842>

violaciones una persona jurídica no pueda activar el sistema regional de derechos humanos en busca de protección y reparación externa, lo que la dejaría a nivel regional desprotegida y discriminada. Esto con la necesaria aclaración que no se aspira aquí, un reconocimiento propiamente dicho de los *derechos humanos* de la persona jurídica⁹⁰⁰, que sería desde todo punto de vista incompatible con su naturaleza, sino más bien, se aboga por el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales y garantías procesales por su condición de persona procesada penalmente⁹⁰¹, sobre todo si respecto de ella se ha construido en varios de los Estados de la región, sistemas de responsabilidades penales independientes⁹⁰² y se ha implementado modelos de atribución por autorresponsabilidad.

2.3.2.- Pautas para un reconocimiento directo de la protección de derechos fundamentales procesales de la persona jurídica en el Sistema Convencional Regional

Tomando como punto de referencia la experiencia interna de los Estados y las propias aproximaciones de la CIDH en varias de sus sentencias, se pueden ir perfilando al final del día, algunas pautas para un reconocimiento directo de ciertos derechos fundamentales de las personas jurídicas en el seno de la CIDH, con fundamento –entre otros aspectos– en lo siguiente:

- a) El reforzamiento de la figura de la representación judicial de las entidades con personería jurídica, cuando éstas son sujeto pasivo del proceso. Esto permitirá que las personas jurídicas acudan directamente ante la CIDH mediante la figura de la representación, y no necesariamente por intermedio de cualquier persona natural de su seno que se sienta afectada por la vulneración de algún derecho humano propio.

⁹⁰⁰ Por el contrario, la jurisprudencia regional y la doctrina se empiezan a preocupar por la vigencia de los derechos humanos en los sistemas de RPPJ a la hora de garantizarlos pro víctima de las infracciones cometidas por las personas jurídicas. Sobre esta cuestión véase trabajos con profundidad en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española», en AA.VV., E. Demetrio Crespo, A. Nieto Martín (dirs.), M. Maroto Calatayud, M. P. Marco Francia (coords.), *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 88-110.

⁹⁰¹ Vid. MARTÍNEZ ZURITA, A., «El defecto de organización en México. Bases elementales para la comprensión de la figura en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el proceso penal acusatorio», en AA.VV., I. Coca Vila, A. Uribe Manríquez, J. Atahuaman Paucar, L. Reyna Alfaro (coords.), *Compliance y Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2017, pp. 317-354.

⁹⁰² Vid. MARTÍNEZ ZURITA, A., «El imputado persona jurídica. Un estudio sobre su sistema global de entendimiento y los derechos humanos en el proceso penal en México», *Praxis Legal, revista de derecho práctico civil-mercantil-penal*, núm. 10, 2017, pp. 11-37. El autor, en el análisis de la adaptación de los sistemas *secundarios* o regulaciones locales al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sugiere «*acudir al sistema de derechos humanos para comprender el sistema penal de enjuiciamiento de la empresa, dado que si bien resulta ser una sociedad y no un ser humano es patente hacer referencia a que la persona jurídica comparece a un procedimiento penal en calidad de imputado y bajo esa tesitura enfrenta el proceso por la existencia de la referida responsabilidad penal autónoma*».

- b) La necesaria distinción entre los derechos humanos de goce que tienen todas las personas, y los derechos fundamentales que a toda clase de persona incluida la jurídica se garantizan en los procesos. Esto permitirá diferenciar, por un lado, entre derechos humanos de goce –los que les estarían vetados como hasta ahora a las personas jurídicas– para acudir directamente al SIDH cuando sean víctimas de vulneraciones en los respectivos Estados; y por otro, diferenciar aquellos derechos fundamentales que cobijan a toda persona involucrada en un proceso.
- c) Concomitantemente con lo anterior, la necesidad de ubicar a la propia persona jurídica como potencial víctima de vulneraciones a ciertos derechos procesales fundamentales como el debido proceso, por ejemplo.
- d) El reforzamiento del derecho de asociación. Por el cual, se considere el derecho de una entidad que agrupa a varias personas naturales bajo un mismo fin común; y en tal sentido se reconozca que se trata de responsabilidades independientes.
- e) La posibilidad articuladora de tratados internacionales sobre personas jurídicas. En una suerte de un «*bloque de convencionalidad*»⁹⁰³ que articule entre los Estados que regulan la RPPJ, tratados supra nacionales que prevean el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas.
- f) La experiencia interna de cada Estado que regula la RPPJ.

Por su parte, las experiencias comparadas dentro de la misma región como la de América del Norte por ejemplo, donde ya desde finales del siglo XIX existe un precedente establecido por la *Supreme Court of the United States*⁹⁰⁴, que dio alcance de amparo en la Décimo Cuarta enmienda a las corporaciones en materia de debido proceso, sobre todo, en cuestiones de exclusión de prueba ilegítimamente actuada⁹⁰⁵. A pesar de ser un antecedente estatal, muestra la forma de cómo se brinda protección a personas jurídicas «*corporaciones*» sin necesidad de retrotraerse en un concepto netamente humanista de persona o «*ciudadano*» como lo llama la citada Enmienda, o lo que es lo mismo, a pesar de que ella «*no alude a tal*

⁹⁰³ Cfr. ROLLA, G., «Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante las jurisdicciones supra nacionales», en AA.VV., J. de Lucas Martín (dir.), J. Solanes Mullor, J. Roa Roa (coords), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Publicacions de la Universitat de Valencia, Valencia, 2017, pp. 71-88.

⁹⁰⁴ Vid. FIDALGO GALLARDO, C., *Las pruebas ilegales en el proceso penal de los Estados Unidos de América*, F. Gutiérrez-Alviz Conradi (dir.), Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2001. Según el autor, contra la literalidad del precepto constitucional, la Corte Suprema de los EEUU extendió la protección de la Cuarta Enmienda, (...) a las corporations.

⁹⁰⁵ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385, de 1920.

corporación»⁹⁰⁶ se reconoce esos derechos al debido proceso. Este precedente resulta interesante en la medida que aborda cuestiones de procesamiento penal.

En una mirada panorámica más allá del Derecho de la región, concretamente a la jurisprudencia comunitaria de la UE, se advierte en ella ciertas puntualizaciones respecto de los derechos fundamentales procesales que merecen no ser perdidos de vista. Así, pese a que la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, excluye de su ámbito de aplicación a la presunción de inocencia a favor de las personas jurídicas, sin embargo, en su Considerando 13 reconoce la necesidad de la aplicación en diferentes aspectos y grados de protección de esta garantía con respecto a determinados aspectos a favor de las personas jurídicas, e incluso, la presunción de inocencia ha sido materia de interpretación por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia⁹⁰⁷ a la hora de ser observada en el proceso contra la persona jurídica. Con otros términos, con matices, la jurisprudencia del TEDH⁹⁰⁸ reconoce la presunción de inocencia a favor de las personas jurídicas en la medida que le sea compatible.

3.- Proceso penal y derechos fundamentales de las personas jurídicas en el ámbito nacional

Que el proceso penal vuelve operativo al Derecho penal tornándolo aplicable, es una realidad, como también lo es, afirmar que el proceso penal –al menos en Ecuador– se ha estructurado por mucho tiempo sobre la idea de las personas naturales de cara a comprobar el delito como premisa para imponer un castigo⁹⁰⁹. Las normas procesales, por así decirlo, constituyen el *modus operandi* del Derecho penal sustantivo, no cabe ya en la actualidad, en Ecuador, la aplicación pura y dura del Derecho penal sin un proceso penal previo en atención al principio de legalidad procesal y a la evolución misma del sistema procesal acusatorio.

Gráficamente, y en una escala monopolizadora de aplicación del Derecho penal al interior de las legislaciones, asoma por un lado, el «*monopolio estatal*» que es asumido únicamente por el Estado en estricta aplicación del *ius puniendi* y no como derecho sino como deber⁹¹⁰; por otro lado, el «*monopolio judicial*» que le corresponde exclusivamente a los órganos del poder

⁹⁰⁶ ALBÁN PERALTA, W., «Personas Jurídicas» en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos Fundamentales*, disponible en: http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/to_pdf/109

⁹⁰⁷ Un análisis puntual de esta situación véase en PÉREZ GIL, J., «Marco normativo supranacional», cit., p. 38.

⁹⁰⁸ Al respecto como señala la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y Consejo, de 9 de marzo de 2016, el TEDH «ha reconocido que los derechos que dimanar de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas».

⁹⁰⁹ Vid. CARNELUTTI, F., *Derecho procesal penal*, vol. 2, Oxford, México, 2003.

⁹¹⁰ En España esto concuerda con lo tipificado en el art. 455 del CP que castiga la realización arbitraria de un derecho propio.

judicial o jurisdiccional⁹¹¹ como se denominan en algunos Estados⁹¹², este monopolio le compete a los tribunales penales; y, finalmente, el «*monopolio procesal*» que equivale a la aplicación del Derecho penal por medio de un proceso penal⁹¹³ con apego a las garantías que para estos efectos establezcan las Constituciones de los Estados. Estos monopolios equivalen a la denominada garantía jurisdiccional que tiene doble dimensión: el Derecho penal lo actúan los tribunales a través del proceso⁹¹⁴. Si esto es así, resulta inentendible que en sistemas judiciales como los de España y Ecuador en materia de RPPJ primero se regule la parte penal, y luego, sólo después, se regule el procesamiento de la persona jurídica⁹¹⁵, y en el caso ecuatoriano, a pesar de que la regulación fue a la par o simultánea –dado la promulgación del COIP que agrupa las partes penal, procesal y ejecutoria–⁹¹⁶. Sin embargo, la situación procesal de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal, esporádicamente regulada, puede resultar incierta, esto dado la ausencia de un estatuto amplio que permita particularizar ciertas cuestiones propias de su enjuiciamiento, sobre todo, en materia de garantías procesales. Esta advertencia puede presentar implicaciones directas en la individualización de la persona jurídica dentro de un proceso a efectos de la determinación de su responsabilidad penal, ya que si el Derecho procesal penal torna operativo el Derecho penal (el de la RPPJ) corresponde, por ende, acudir a la ley procesal en la medida que ésta permite singularizar con facilidad a la persona jurídica que se sentará en el banquillo⁹¹⁷. En caso de no contarse con un estatuto procesal adecuado se tornaría imposible esa misión, o al menos, sentaría en el banquillo a una persona en desigualdad de condiciones frente a los derechos y garantías que a otra le asisten, o posiblemente sentarían a una persona errada –la jurídica–.

Por otro lado, el sistema de enjuiciamiento criminal conforme se encuentra estructurado en el Ecuador, descansa sobre la base de un conjunto de principios y garantías procesales, que enunciados en el CRE son desarrollados en el art. 5 del COIP, todos ellos tendientes a

⁹¹¹ Este monopolio en España se encuentra regulado en el art. 3 del CP., que prohíbe la ejecución de penas y medidas de seguridad que no hayan sido dictadas en virtud de sentencia firme y por personas u órganos que no sean Jueces y Tribunales Penales competentes de acuerdo a las leyes procesales. Guardan relación con estas disposiciones los arts. 24,25.2, y 117.3 de la CE; el art. 1 de la LECRIM; y, el art. 5.1 letra a) de la CEPDHFL.

⁹¹² Así, por ejemplo, en Suramérica emplean esta denominación Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; mientras que Bolivia lo denomina «*Órgano Judicial*» Ecuador por su parte la denomina «*Función Judicial*», y Colombia la ha denominado «*Rama Judicial*».

⁹¹³ De igual manera este monopolio encuentra sustento legal en el art. 3 CP de España.

⁹¹⁴ Cfr. BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER J., MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso Penal*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁹¹⁵ En ese sentido, en España la situación procesal de la persona jurídica como sujeto pasivo ha merecido advertencias de la doctrina en el sentido de que la regulación sustantiva de la RPPJ «*no fue acompañada de la imprescindible reforma procesal penal que hiciera viable la exigencia de la responsabilidad ante los Tribunales penales*», PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., «Las respuestas de la Sala 2ª del Tribunal Supremo a algunas cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en AA.VV., A.-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 232-233.

⁹¹⁶ En Ecuador, pese que con la puesta en vigencia del COIP la introducción de la RPPJ en la parte sustantiva es simultánea con la adjetiva, esto porque la citada Ley codifica en un solo cuerpo normativo tanto el Derecho penal, el procesal y el ejecutorial, sin embargo, el Libro Segundo que regula el proceso penal, poco o nada dice respecto del estatuto procesal de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal.

⁹¹⁷ Vid. PÉREZ GIL, J., «Marco normativo supranacional», cit., p. 39.

garantizar el *debido proceso*, y aunque el legislador ecuatoriano ni la jurisprudencia⁹¹⁸ constitucional local todavía no se ha pronunciado respecto de su ejercicio en favor también de las personas jurídicas procesadas, sin embargo, su inobservancia sería un atentado a los principios más elementales orientadores de la justicia penal.

De ahí que, se pueda afirmar que en Ecuador, por ahora, con la regulación de la RPPJ el legislador se olvida incorporar un completo estatuto procesal de la persona jurídica acorde a la situación particular de persona no natural. La advertida ausencia ubica a las personas jurídicas en una difícil situación a la hora de su trato procesal penal respecto del trato de la persona natural a la que le asiste toda la construcción garantista del proceso penal. De ahí la necesidad de una representación legal en igualdad de derechos, deberes y garantías que la persona natural procesada⁹¹⁹.

Luego, la ausencia de regulación procesal puntual para la persona jurídica merece un análisis también puntual que se puede proyectar en dos direcciones. Por una parte, puede que la intención del legislador sea de una omisión regulatoria premeditada, en el sentido de que la construcción procesal garantista sea igualitaria y, por ende, todos los derechos y las garantías procesales son aplicables tanto a las personas naturales cuanto a las jurídicas en la medida que a éstas le sean compatibles; y, por otra parte, puede que en efecto se trate de una omisión regulatoria impensada o al menos de una regulación insuficiente.

Finalmente, si bien es cierto, que como se advirtió en el apartado anterior, la persona jurídica como parte procesal no goza del reconocimiento de los derechos fundamentales procesales en el SIDH, sin embargo, al interior de los Estados ese reconocimiento es una realidad ya como sujeto activo o como pasivo de algún proceso jurídico. Este reconocimiento interno de determinados derechos fundamentales cobra capital importancia, sobre todo cuando la persona jurídica es considerada sujeto pasivo del proceso penal, esto porque esa condición de procesado activa a su favor todo el sistema de garantías que implica el debido proceso.

3.1.- Los derechos fundamentales de la persona jurídica

Los derechos fundamentales constituyen el eje central del garantismo constitucional de los modernos Estados. Y, a pesar de que en principio, amparan a todas las personas por su sola condición de seres humanos, en la actualidad y en ocasiones amparan también a las

⁹¹⁸ A diferencia de lo que ocurre en España, donde se advierte con fundamento en resoluciones del Tribunal Supremo, la «*igualdad jurídica de las personas físicas y jurídicas en relación con el respeto de los derechos y garantías constitucionales como principios que informan el derecho penal*», PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., «Las respuestas de», cit., pp. 240 y 241.

⁹¹⁹ Vid. RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., «Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 111-123.

personas jurídicas y tanto al interior de los Estados⁹²⁰ cuanto en el orden regional⁹²¹ y mundial⁹²². A pesar que ni la constitución ni el COIP expresamente se refieran diferenciada e individualizadamente a la persona jurídica para reconocerle derechos fundamentales, es precisamente esa no diferenciación –a la hora de referirse a «*toda persona*»– la que involucra también a la persona jurídica, más aún, si como se ha advertido *supra*, desde el año 2014 la persona jurídica es considerada sujeto pasivo del proceso penal.

Los derechos fundamentales de la persona jurídica sujeta a un proceso penal en Ecuador, implican el reconocimiento a la *tutela efectiva*⁹²³ señalada en el art. 75 de la CRE. Esa *tutela judicial efectiva* que implica por una parte, derechos subjetivos de las personas en la medida que sus pretensiones sean el acceso a la justicia y más concretamente al proceso penal, implica también por otra parte, el derecho a un proceso justo con todas las garantías *formales y materiales*⁹²⁴ que le otorgue esa *seguridad jurídica* de que la justicia es un principio realizable por su condición de persona procesada. En este sentido, si bien es cierto que determinados derechos fundamentales, como se verán más adelante, por ser estrictamente subjetivos podrían resultar incompatibles con la persona jurídica procesada, sin embargo, otras implicaciones son plenamente compatibles, como por ejemplo, el libre acceso al proceso a través del órgano judicial⁹²⁵, entre otros derechos, siempre eso sí en atención a su naturaleza⁹²⁶.

La CRE dentro de los denominados «*derechos de protección*», ubica una serie de mandatos constitucionales tendientes a protegerlos con garantías jurisdiccionales. Esos derechos cobijan tanto a personas naturales y a jurídicas. Para efectos de determinar la compatibilidad

⁹²⁰ Así, por ejemplo, en EE.UU. las corporaciones tienen derecho a las salvaguardas del debido proceso penal; en España, las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales como los indicados en el art. 24 de la Constitución española, Vid. SANGUINÉ, O., «Derechos fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal», en AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 413-495.

⁹²¹ En la UE, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos cuanto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea contemplan derechos fundamentales aplicables también a las personas jurídicas, Cfr. SANGUINÉ, O., «Derechos fundamentales de», cit., p. 418.

⁹²² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la medida que ostenten la calidad de procesada, la persona jurídica conforme al art. 14, tendrá derecho al trato igualitario o igualdad ante la ley; a la presunción de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad y a un juicio justo y público por un tribunal de justicia imparcial, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, disponible en: <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights> Sobre el reconocimiento de los derechos del Pacto a las personas jurídicas véase también a: SANGUINÉ, O., «Derechos fundamentales de», cit., p. 418.

⁹²³ En Europa de forma expresa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dicho que el derecho a la tutela judicial efectiva regulada en el Tratado de la Unión Europea puede ser reclamado también por las personas jurídicas. Vid., BAJO FERNÁNDEZ, M., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica», con FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2016, pp. 313-344.

⁹²⁴ Vid. UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2014. Según esta autora, los derechos fundamentales procesales en relación al debido proceso son: el derecho de libertad de acceso al proceso, el derecho a un proceso con todas las garantías formales, el derecho al proceso con todas las garantías materiales, y el derecho a un proceso justo.

⁹²⁵ AA.VV., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2007. Al respecto, Vicente Gimeno Sendra sostiene que este derecho implica «*acceder libremente al Poder Judicial, a través de un proceso con todas las garantías y a todas sus instancias...*».

⁹²⁶ Así por ejemplo, en España el TC ha reconocido a favor de la persona jurídica la titularidad de varios derechos fundamentales entre los que se describen la presunción de inocencia, el secreto profesional, el derecho a la defensa, entre otros. Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 370.

o incompatibilidad de esos derechos y garantías constitucionales y, por ende, si les son factibles todos o sólo alguno o algunos –en la medida de la particular consideración de ente no natural–, a continuación se realiza una aproximación puntual en cada caso.

3.1.1.- Garantías jurisdiccionales y derechos procesales

Si como se ha indicado *supra*, las personas jurídicas son también titulares de derechos fundamentales, entonces, serán también titulares de todas las garantías jurisdiccionales y derechos procesales⁹²⁷ contempladas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para todas las personas sujetas a un proceso penal, pero siempre en la medida que les sean compatibles con su naturaleza ideal.

Con la advertencia reafirmada, el art. 76 de la CRE contiene el mandato que sirve de sustento o base constitucional de todo proceso en Ecuador incluido el penal. De ahí que, bajo la premisa constitucional que en todo proceso donde se determinen derechos y obligaciones se asegurará el derecho al debido proceso, se deberán observar irrestrictamente una serie de garantías constitucionales en favor de toda clase de personas incluida la jurídica, sin que ello implique una «*degradación de las garantías procesales*»⁹²⁸.

3.1.1.1.- La legalidad probatoria y persona jurídica procesada

Este mandato constitucional (art. 76.4 CRE) amplio y advertido también en el art. 454.6 del COIP bajo el principio de exclusión probatoria, exige por un lado, que las pruebas o sus indicios que los sujetos procesales pretendan acreditar contra una persona jurídica, sean «*obtenidas*» o se las busque y se las presente dentro de un proceso penal de forma legal para su respectiva valoración; y, por otro, que sean «*actuadas*» o practicadas e incorporadas en debida y legal forma para ser valoradas por el juzgador. Cabe por lo tanto cuestionarse ¿cuándo o qué prueba es ilegal?, la respuesta, aunque de forma amplia, la tiene el propio mandato constitucional, es decir, aquellas contrarias a la Constitución y a la ley –en el caso que nos ocupa, a la ley procesal penal agrupada en el libro Preliminar y en el Segundo del COIP–. De ahí que, la legalidad probatoria, necesariamente se desarrolla en atención al

⁹²⁷ En similar parecer y en atención al caso español, se pronuncia GARCÍA HERNÁNDEZ, J., «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *Diario La Ley*, núm. 7427, 2010, pp. 2-4.

⁹²⁸ Cfr. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la degradación de las garantías procesales», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 77-92.

principio de exclusión probatoria, pero ejercitados siempre bajo principios y fundamentos acusatorios⁹²⁹.

3.1.1.2.- El principio de proporcionalidad frente a la persona jurídica

Esta garantía constitucional contiene un mandato regulatorio encaminado a su efectivización a través del COIP. Será por ende, en este cuerpo normativo en el que el legislador deberá establecer «*la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales*» (art. 76.6 CRE). En efecto, el COIP regula esta garantía aunque de forma un poco escueta. Es así que en el art. 54, al regular la individualización de la pena, que exige al juzgador la necesidad de individualizarla para cada persona en atención a tres criterios, que respecto de su aplicación a las personas jurídicas pueden resultar problemáticos como se observa a continuación.

- a) Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes. La advertida inicial omisión –o al menos no especificación– regulatoria de las atenuantes y agravantes para la persona jurídica (al menos hasta antes de la reforma de 2021), conlleva el necesario cuestionamiento si para esta clase de entidades se debía o no observar el criterio «*en atención a las atenuantes y agravantes*». De ser negativa la respuesta, se puede afirmar que desde el 10 de agosto de 2014 hasta el 17 de febrero de 2021 (lapso de tiempo que estuvo vigente la ausencia expresa de regulación de atenuantes y agravantes para las personas jurídicas en el COIP) se estuvo en el país frente a una flagrante vulneración de esta garantía básica del debido proceso; y, de ser positiva la respuesta, se admitirá que bajo criterios de interpretación constitucional, durante el tiempo de vigencia de la referida ausencia regulatoria, bien se podía considerar también estas circunstancias a favor de la persona jurídica a la hora de individualizar la pena.

En la actualidad, el cuestionamiento advertido todavía tiene pertinencia en la medida que esté procesando penalmente a una persona jurídica con la regulación no reformada; y, también, cuando se pretendan procesar a una entidad por delitos cometidos antes de la reforma (la reforma no afectó a delitos atribuibles y se mantiene en vigencia la RPPJ). Empero, si se trata de infracciones cometidas a partir de la puesta en vigencia de las reformas de 2021, la respuesta al cuestionamiento

⁹²⁹ Esto por cuanto puede que tanto la legalidad como la exclusión, tengan connotaciones diferentes en los diferentes sistemas (inquisitivos y mixtos). Respecto de esta cuestión se afirma que «*El sistema acusatorio que, teniendo por fuente histórica la lucha judicial del particular con el particular, se inspira en la paridad de los derechos del acusador y del acusado, es más conforme con la imparcial investigación de la verdad*», FRAMARINO, N., *Lógica de las pruebas*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2008.

planteado siempre será positiva, ya que desde entonces, como se ha venido advirtiendo, se incorporan atenuantes y agravantes para las personas jurídicas.

- b) Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos. Este criterio, por tratarse de cuestiones atinentes a la víctima de la infracción, en principio no tendría ningún cuestionamiento respecto de su valoración por parte del juzgador a la hora de la imposición de la pena en contra de la persona jurídica, más aún, cuando conforme al art. 622.7, el juzgador está llamado a considerarlas al momento de dictar sentencia contra la persona jurídica como se analizará *infra*. No obstante, en la medida que la interrogante planteada en el caso anterior se responda de forma negativa, resulta evidente que la valoración de estas necesidades en la víctima sin el contrapeso de las atenuantes que bien pudiera observar una persona jurídica, resulta a todas luces perjudiciales y, por ende, también atentatorio a la garantía en cuestión. No obstante, como también se advirtió en la letra a), en la actualidad, a partir de las reformas de 2021, esta última cuestión queda zanjada.
- c) El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal. Respecto del grado de participación, se presentan dos cuestiones a reflexionarse: por una parte, si se ha de considerar únicamente su posible participación con otra u otras personas naturales o jurídicas que intervengan en la comisión de la infracción penal; y, por otra, si también se ha de considerar la intervención o concurrencia con la o las personas naturales de su seno que hayan dado lugar al hecho de referencia o que haya delinquido para beneficio de la jurídica. La respuesta a estas interrogante es incierta. Sin embargo, conforme a lo advertido en el primer Capítulo, en principio, ha de indicarse que para los efectos de considerar el grado de participación, ha de tomarse en cuenta únicamente la coparticipación con otra u otras personas naturales o jurídicas fuera de su seno, ya sea sin vínculos de socio o asociadas.

Luego en lo que respecta a *las circunstancias que limitan la responsabilidad penal*, conforme al art. 50 habrá que analizar cada caso en particular cuando exista concurrencia de responsabilidades entre la persona jurídica y la natural.

La proporcionalidad como principio constitucional desarrollado en el COIP, también está garantizada en el procesamiento penal contra la persona jurídica a la hora de la

aplicación de las medidas cautelares conforme al art. 520.4 y como se verá más adelante.

3.1.1.3.- La persona jurídica y el derecho a la defensa

Se trata de uno de los derechos cuya inobservancia tiene afectación directa al debido proceso, y respecto del cual, la CRE en el art. 76. 7 establece 13 mandatos que en atención a la consideración de persona procesada⁹³⁰ «se perfilan como fundamentales, indispensables para una recta Administración de Justicia»⁹³¹.

En un procesamiento penal donde existan conflictos de intereses –se esté procesando conjuntamente a la persona jurídica y a su representante legal–, el derecho a la defensa deberá serle garantizado a la entidad en el sentido de que no se cuente con ese representante legal sino con otro especialmente designado por la propia persona jurídica o como en el caso de España⁹³² o Chile⁹³³, por uno designado por el órgano jurisdiccional⁹³⁴.

Entre el derecho a la defensa se ha de considerar las siguientes garantías:

- a) La garantía del derecho a la defensa durante todas las etapas o grados del procedimiento. En Ecuador, el proceso penal tiene tres etapas en caso de flagrancia y además una fase de investigación en casos de delitos no flagrantes. De ahí que, resulte cuestionable la situación de la persona jurídica inclusive la de la propia persona natural en la fase pre procesal de investigación previa, en la cual conforme está redactada la garantía del derecho a la defensa, en principio no se garantizaría en todos sus alcances a favor de ninguna clase de personas. Ya en el plano de investigaciones pre procesales contra personas jurídicas, esta problemática puede impedir la acreditación –en esta fase– de una actividad *compliance* en la medida que, por ejemplo, una entidad como herramienta defensiva pretenda acreditar protocolos internos que permiten detectar infracciones penales, y que además posee los mecanismos adecuados de tratamiento de esas infracciones, es decir, que cuenta con una herramienta *compliance* eficaz. Y esto por cuanto, la redacción de la citada garantía se refiere a que el derecho a la defensa se garantiza únicamente en las etapas o grados del proceso –la investigación previa no es etapa ni grado del proceso–

⁹³⁰ En el sentido de que por la sola condición de estar imputada una persona jurídica dentro de un proceso penal, le es atribuible. En este sentido véase a NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 421; y, LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2014.

⁹³¹ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Introducción al Derecho Procesal. (Abogacía y proceso)*, 5º ed., Forum, Oviedo, 1999.

⁹³² Sobre esta situación y la posible vulneración del derecho a la defensa en España véase a ROIG & BERGÉS & MARTÍNEZ ABOGADOS, «Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 154 / 2016, de 29 de febrero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, disponible en: <http://blog.rbmpenalistas.com/analisis-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-no-1542016-de-29-de-febrero-sobre-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/>

⁹³³ En Chile, el art. 23, inciso quinto de la Ley 20393, prevé la designación de un curador ad litem.

⁹³⁴ Aunque respecto de esta última solución, no establece nada la normativa local.

Lo advertido en el párrafo anterior, sin embargo, ha sido zanjado por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana quien ha enfatizado, que el derecho a la defensa se lo puede ejercer y se le debe garantizar desde el momento en que se debe investigar a una persona⁹³⁵. Además, sobre esta cuestión, la jurisprudencia de la CIDH en reiteradas sentencias viene enfatizando que el derecho al debido proceso –que incluye el derecho a la defensa– abarca no sólo la esfera de un proceso penal, sino inclusive las esferas de cualquier tipo de investigaciones⁹³⁶.

- b) Contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Esta garantía podría tener implicaciones en la persona jurídica, por una parte, en la medida que no se admita como medio de prueba para su defensa el *criminal compliance* o alguna actividad *compliance*⁹³⁷; y, por otra, en los casos de flagrancia, procedimientos directos, vinculaciones o reformulaciones en su contra, dado el corto tiempo de duración de la instrucción en esos casos y en atención a la complejidad organizacional que caracteriza a las personas jurídicas.

Aunque cabe también reflexionar la posibilidad de que esa garantía no sea ejercida por el propio procesado, cuando por ejemplo, se ha notificado a la persona jurídica con el inicio de la investigación, y ésta no ha ejercido por medio de su abogado el derecho a la defensa, en cuyo caso, habrá de considerarse las condiciones lícitas⁹³⁸ que el órgano propició para que el defensor efectivamente tenga conocimiento y cuente con el tiempo y los medios adecuados para ejercitar la defensa.

- c) Ser escuchada la persona jurídica en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. Se la ejercita a través de sus representantes legales o funcionarios debidamente acreditados para su representación judicial dentro de un proceso penal. Esta garantía permitirá que no se pueda alegar insuficiencia normativa cuando una persona jurídica procesada acuda a exigir una reclamación por alguna cuestión procedimental –necesidad de trato procedimental igualitario–. Esta garantía como se

⁹³⁵ A la luz de lo señalado por la Corte Constitucional, se puede afirmar entonces, que pese a que el mandato constitucional refiera que el derecho a la defensa no debe ser privado en ninguna etapa o grado del procedimiento, ha de asumirse que en la medida que una persona jurídica sea investigada en la fase de investigación previa debería garantizársele también ese derecho. Ahora bien, la disposición de la Corte Constitucional es muy amplia y no delimita los alcances del derecho a la defensa que le serán respetados o no privados a las personas investigadas incluida la jurídica, lo que da cobijo, por ende, para sostener que en todas las diligencias o pesquisas que se realizan en la investigación previa, también se debe garantizar el derecho a la defensa de la personas jurídica. Sentencia núm. 001-18-PJO-CC, (caso núm. 0421-14-JH), de 2º de junio de 2018, disponible en: http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/001-18-PJO-CC/REL_SENTENCIA_001-18-PJO-CC.pdf

⁹³⁶ Entre otros, véase el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206.

⁹³⁷ Esto en materia de las atenuantes hasta antes de la reforma de 2021; y después de la reforma en materia de prueba para obtener una sentencia absolutoria.

⁹³⁸ AA.VV., «El Juicio», M. Pérez Cebadera (trad.), *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1145-1217.

verá *infra*, será ejercida a través de la persona que en nombre y representación de la jurídica comparezca a rendir declaraciones ya con carácter de versión o con carácter de testimonio.

- d) Derecho a no ser interrogada, ni para efectos de investigación sin la presencia de un abogado particular o defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para los interrogatorios. La redacción de esta garantía del derecho a la defensa en su contextualización con la indicada en la letra a) analizada *supra*, refuerza la idea de un derecho a la defensa limitado en la fase de investigación, precisamente, reducido entre otros aspectos, al interrogatorio, toda vez que el mandato constitucional de esta garantía amplía hasta la fase de investigación únicamente la presencia del abogado en el interrogatorio del sospechoso «*persona jurídica*», cuando por ejemplo, se pretenda interrogar a su representante ya sea inmediatamente ante el evento de un delito flagrante o durante la investigación previa.

Por otra parte, se debe advertir respecto de la presencia del defensor en el interrogatorio, que en caso de tratarse de defensor público necesariamente deberá contarse con la aceptación del representante de la persona jurídica. Es decir, el mandato no sugiere la obligatoriedad de responder el interrogatorio de todos modos con defensor público; al contrario, la garantía de *contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa*, exigen que en caso de no contarse en el momento del interrogatorio con un defensor de confianza o particular y si no se confía en el defensor público, deberá garantizarse el tiempo necesario para poder contar con el defensor particular, más aún, cuando el representante legal que será interrogado debe garantizar una adecuada representación legal.

Este derecho, por ser considerado uno de los derechos fundamentales subjetivos, puede resultar chocante en las pretensiones de su ejercicio a favor de las personas jurídicas, sin embargo, bajo la figura de la representación legal, debería también garantizársele a la persona jurídica en la medida que se le considere sospechosa.

Además de las indicadas, y en un afán garantista, les serían perfectamente compatible con la naturaleza de persona jurídica, todas las otras garantías que encierran el

derecho a la defensa establecidas en el citado art. 76.7 de la CRE⁹³⁹, siempre bajo la advertida representación judicial.

3.1.1.4.- Garantías en caso de privación de libertad

Respecto de estas garantías, aunque en principio, parecen no aplicables a las persona jurídicas por tratarse de privación de libertad a la que no están sometidas, sin embargo, tienen implicación directa sobre aquellas, en la medida que generen como consecuencia de su inobservancia, vulneraciones a sus derechos cuando se las menoscabe en una persona natural respecto de la que la persona jurídica mantenga, por ejemplo, una expectativa de privacidad o algún tipo de vínculo por ser de su seno.

3.1.1.5.- Garantías replicadas a título de principios en el art. 5 del COIP

Algunas de las garantías constitucionales han sido replicadas a título de principios en el art. 5 del COIP. En efecto, la presunción de inocencia, los principios de legalidad, favorabilidad, impugnación, imparcialidad, *non bis in idem*, publicidad, oralidad, igualdad, y motivación, se encuentran regulados en el citado art. 5 del COIP que serán analizados a continuación.

- a) El principio de legalidad. Acuñado en la fórmula *no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho*, se trata de un principio⁹⁴⁰ que ha sufrido la independencia del principio de favorabilidad que se encuentra regulado como principio autónomo en el numeral 2. Por lo tanto, habrá que entenderlo en la acepción puntual de ley previa o de taxatividad legal procesal.

⁹³⁹ Entre esas otras garantías que del derecho a la defensa y que pueden ser aplicables también a las personas jurídicas sin restricción alguna están: El Derecho al intérprete o traductor; al abogado y, a no ser incomunicado. En el caso de persona jurídicas extranjeras que ejerzan actividades en Ecuador, cuyos principales o su representante no hable el idioma castellano, el derecho a la defensa incluye el derecho a un traductor o interprete, sobre todo cuando en el caso de personas jurídicas de derecho privado extranjeras, su representante legal que quizás sea también extranjera, se encuentre ante esa necesidad por el idioma.

También les cobija el derecho a contar con abogado privado o público durante el proceso penal, así como el derecho a no ser incomunicada con su defensor. Esta garantía implica en la persona jurídica la necesidad de contar con una defensa propia e independiente de los intereses procesales de sus representantes cuando éstos estén vinculados con la infracción.

En igual forma, los derechos a presentar argumentos y pruebas y contradecirlos; y, la obligatoriedad de testimonio. El primero en ejercicio la igualdad procesal y del principio de contradicción que al igual que a las personas naturales les cobija también a las jurídicas.

Por su parte, respecto de la obligatoriedad de testimonios, la persona jurídica también tendrá a su favor y por ende, podrá exigir la comparecencia inclusive con apoyo de la fuerza pública, de personas que conozcan sobre hechos que les permitan ejercitar su derecho a la defensa y controvertir lo que se le pretende imputar, o a su vez, para presentarlos como prueba a su favor, aunque tenga que para ello solicitar la declaratoria de testigo hostil en caso de que los testigos se nieguen a declarar.

⁹⁴⁰ Este principio exige que para procesal penalmente a una persona jurídica, debe previamente existir una ley penal tanto sustantiva como adjetiva que regule tanto la infracción, la pena, así como el correspondiente procedimiento penal al que ha de someterse por en cometimiento de una infracción penal de aquellas del catálogo del Libro Primero.

Este principio, respecto de su observancia hacia la persona jurídica presenta, al menos, dos puntualizaciones importantes, por un lado, con la vigencia de la RPPJ; y, por otro, con la regulación incompleta o la ausencia de un estatuto procesal específico.

- i. El principio de legalidad y la responsabilidad penal de la persona jurídica.- Como se ha venido indicando, desde el año 2014 con la promulgación del COIP se activa en Ecuador el sistema de RPPJ, esta regulación contempla un catálogo *numerus clausus* de delitos, por lo tanto, en atención al principio de legalidad una persona jurídica podrá ser procesada únicamente por los delitos del catálogo, así como por aquellos que bajo su condición de persona jurídica cometa a partir de agosto del 2014. Esta puntualización no merece mayor complejidad que la simple constatación del sistema de delitos *númerus clausus*, y de la fecha de la comisión delictiva.

- ii. El principio de legalidad y la ausencia de un estatuto procesal. Este tema resulta problemático y complejo a la hora encontrar una respuesta clara a determinadas cuestiones que se presentan o se pueden presentar en un proceso penal contra una persona jurídica. Y es que, de una revisión al Libro II del COIP, se puede advertir la inexistencia de un estatuto procesal propio o específico de la persona jurídica, lo que a su vez, impide contar con reglas «*del juego*» procesales claras que permitan valorar la eficacia del proceso penal contra la persona jurídica en el marco del respeto a sus derechos y garantías y, por ende, advertir su correcta prosecución. La advertida omisión agrava el correcto ejercicio de dos consecuencias fundamentales del principio de legalidad advertidas en la doctrina ecuatoriana que tienen que ver, a) con la «*absoluta sujeción*» del órgano penal a lo que dispone la ley respecto de la tramitación de los procesos y en sus resoluciones –sean éstas decisiones o fallos–, pues, los jueces no legislan, son intérpretes del Derecho y lo aplican al caso concreto; y b) con el cumplimiento estricto de las atribuciones que confiere la ley, por parte de los fiscales y del órgano penal, cuyas limitaciones radican en hacer exclusivamente lo que la ley les faculta⁹⁴¹.

- iii. En los casos indicados, la no especificación regulatoria puntual no permitirá que los jueces y tribunales empleen herramientas procesales más allá de las permitidas en las leyes y tratados internacionales, de ahí que, se pueda afirmar

⁹⁴¹ Vid. VACA ANDRADE, R., «Derecho procesal penal», cit., p. 44.

por un lado, que la persona jurídica queda sometida al tratamiento procesal estructurado para la persona natural; y, por otro lado, que de admitirse la autonomía procesal, ésta se vea limitada en ciertos derechos e instituciones procesales destinados específicamente para la persona humana.

- b) Favorabilidad, duda a favor del reo, inocencia, igualdad, impugnación, y prohibiciones de empeorar la situación de la persona jurídica procesada. Estos principios no demuestran incompatibilidad con la persona jurídica procesada, por lo tanto les son también perfectamente aplicables en la medida que el juzgador les conceda un tratamiento procedimental equitativo en atención a la peculiar condición de ente jurídico. La mayoría de estos principios⁹⁴² ostentan además rango constitucional, por lo que su observancia inclusive sobrepasa lo legal.

De las garantías advertidas, la inocencia o presunción de inocencia implica necesariamente su reconocimiento a favor de la persona jurídica, al menos en dos de sus aristas o proyecciones, esto es, tanto en su consideración como regla de tratamiento cuanto en su consideración de regla de enjuiciamiento⁹⁴³. Y es que, pese a tratarse de un derecho fundamental, resultaría hasta cierto punto incompatible en cuanto a su garantía en todo su esplendor a favor de la persona jurídica, esto porque el sistema cautelar preventivo de la comisión de delitos estructurado contra la persona jurídica, choca con la naturaleza de la inocencia en la medida que aquellas suponen una flagrante anticipación de las penas⁹⁴⁴. No obstante, habría que ir echando mirada al Derecho comparado⁹⁴⁵ en aras a encontrar pautas que permitan adoptar mecanismos específicos que garanticen en mejor forma el ejercicio del principio de inocencia a la persona jurídica procesada y, concretamente, habrá también de echar mano a herramientas que coadyuven a ese ejercicio, como por ejemplo, el *criminal compliance*⁹⁴⁶, en la medida de que éste instrumento permita no sólo atenuar como

⁹⁴² El principio de favorabilidad, versa sobre el carácter irretroactivo de la ley penal tornándola retroactiva en la medida que favorezca a la persona jurídica procesada cuando se presente un conflicto entre dos normas de la misma materia, conforme a lo regulado en el art. 5.2 COIP. Se trata de un principio perfectamente compatible con la persona jurídica que bien puede servirle de beneficio.

⁹⁴³ ECHARRI CASI, F., «Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales», *Diario La Ley*, núm. 7632, 18 de mayo de 2011.

⁹⁴⁴ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 457.

⁹⁴⁵ Un ejemplo de evolución de doctrina jurisprudencial en España respecto de la persona jurídica y la presunción de inocencia se advierte a la hora de sentenciar a una persona jurídica, la que se hará bajo la fundamentación específica de su calidad sin apartarse del análisis de la presunción de inocencia y respecto de la cual, en atención a la autonomía de responsabilidades, se concluye que «*La presunción de inocencia respecto de la persona física no comporta, automáticamente, la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica*», STS nº 514/2015, de 2 de septiembre, o lo que es igual, la presunción de inocencia debería garantizarse de forma independiente tanto a la persona natural cuanto a la jurídica.

⁹⁴⁶ La jurisprudencia española respecto de esta posibilidad ha señalado que «*en la medida que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia*

hasta ahora sino también eximirla de responsabilidad penal⁹⁴⁷. Solamente de esta manera, se podrá fortalecer la presunción de inocencia de la persona jurídica, más aún, cuando esta garantía se erige como principio rector que regula el tratamiento procesal de las personas que aún no han sido declaradas culpables⁹⁴⁸ en sentencia firme, y además, porque por el sólo hecho de ser parte pasiva del proceso penal su culpabilidad no puede ser presumida sino comprobada conforme a Derecho por la fiscalía o acusación.

Respecto de la impugnación, ha de indicarse que en casos de justicia indígena la situación se tornaría complicada, toda vez que, al no existir un órgano plenamente preestablecido a través del que se garantice este derecho, la aplicación de los procesos de juzgamiento y el castigo se ejecutan de inmediato, no obstante de que con posterioridad se pueda recurrir ante un órgano judicial en busca de restitución de derechos conculcados –de ser procedente–, por ende, en estos casos una persona jurídica vería afectada su reputación, inclusive puede que hasta erradamente.

- c) *Non bis in idem* procesal y persona jurídica. La prohibición de doble juzgamiento o *non bis in idem* requiere un necesario análisis puntual de su regulación. En este sentido, esta prohibición impide que las personas sean juzgadas o penadas dos veces o más por los mismos hechos.

La regulación ecuatoriana advierte que cuando los procesos sean resueltos por la justicia indígena y luego por la ordinaria, ha de entenderse doble procesamiento y, por ende, afectación al *non bis in idem*⁹⁴⁹. Esta advertencia resulta de interesante análisis si nos ubicamos, por ejemplo, ante la posibilidad de que se verifique por parte de la persona jurídica un delito contra la naturaleza o *pacha mama* que afecte directamente a una comunidad indígena, producto de lo cual, la comunidad afectada imponga un castigo a él o los representantes de la entidad, como baños de agua fría, entre otros castigos propios de la justicia indígena; y además, también le impongan sanciones a la entidad infractora, por ejemplo, la toma de las instalaciones de una empresa obstaculizando totalmente el desarrollo de sus actividades –asimilable a la clausuras– y luego se la pretenda procesar para sancionarla en la vía penal ordinaria. En los

del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión», STS n° 221/2016, de 16 de marzo.

⁹⁴⁷ Sobre el compliance y su vínculo con la presunción de inocencia véase a GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., pp. 296 y ss.

⁹⁴⁸ GARCÍA FALCONÍ, R., «Código Orgánico Integral», cit., p. 80.

⁹⁴⁹ Así lo señala el art. 5.9 del COIP cuando advierte respecto de la prohibición de doble juzgamiento que «Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto».

casos de los citados ejemplos, perfectamente se estaría frente a la advertencia del *non bis in idem*, que en su vertiente procesal implica necesariamente un análisis exhaustivo por parte de los operadores judiciales de los denominados «límites subjetivos y objetivos»⁹⁵⁰.

Por otra parte, y respecto de la concurrencia entre la comisión de una infracción penal atribuible con ciertas infracciones administrativas sobre los mismos hechos en las que pueda incurrir la persona jurídica conforme al numeral 9 del art. 5 en cuestión⁹⁵¹, esta situación no constituye vulneración a este principio⁹⁵², siempre que en los dos ámbitos no se evidencie la misma identidad de sujeto, de hecho o de fundamento, en cuyo caso, se estaría frente a una vulneración del principio⁹⁵³.

Respecto de la discusión doctrinal sobre si la propia determinación de la RPPJ vulnera o no este principio, la advertencia que hace el art. 49 cuando indica que se trata de responsabilidades independientes, permite sostener que por tratarse –en este caso– de la versión procesal que se activa como consecuencia de la comisión de un delito atribuible y, por ende, por tratarse de Derecho positivo, sumada la consideración de que se asuma la responsabilidad por su defecto de organización –con las respectivas advertencias de la no regulación expresa de los *criminal compliance* como eximente–, se trata de dos juzgamientos que no llegan a quebrar este principio, más aún, cuando además, se trata de dos personas diferentes y de dos responsabilidades diferentes, en donde, pese a que se parta del mismo hecho de referencia, la una responderá por un delito y la otra por beneficiarse de él sin haber tomado los cuidados necesarios.

Luego, en su vertiente penal, en lo que respecta a la posibilidad de que tanto la persona jurídica como la natural de su seno sufran una pena de multa por ejemplo, por tratarse de dos personas diferentes no existiría, en principio, identidad subjetiva,

⁹⁵⁰ Esto, en el momento mismo de un posterior procesamiento de cara a plantearse la posibilidad de abstención en caso de advertirse la mínima duda sobre la concurrencia de esos límites. Vid., GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 58.

⁹⁵¹ La citada disposición advierte que «La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio».

⁹⁵² Tal como ocurre Europa, por ejemplo, en donde ante la interrogante planteada respecto a la vulneración del non bis in idem con la RPPJ, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE 4ª Sala núm., 5-IV-2017, se ha pronunciado indicando que «El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, que permite incoar un procedimiento penal por no haberse abonado el impuesto sobre el valor añadido, con posterioridad a la imposición de una sanción tributaria definitiva por los mismos hechos, cuando dicha sanción se haya impuesto a una sociedad dotada de personalidad jurídica y el procedimiento penal se haya incoado contra una persona física», Blog: En ocasiones veo reos, disponible en: <https://enocasionesveoreos.blogspot.com/2017/10/vulnera-el-non-bis-in-idem-el-derecho.html>

⁹⁵³ GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., pp. 56 y 57. Sin embargo, la situación en el caso español, como advierte el propio autor, ha sido salvada por el TC «mediante la teoría de la compensación» advertida de algún modo en las STC 105/2001; STC 2/2003; y, STC 70/2012 de 16 de abril que a decir éste, infringe la doctrina del TEDH que no permite que un mismo hecho sea sancionado en sede administrativa y en sede penal. Sobre esto véase también a GIMENO SENDRA, V., «Los principios de legalidad y non bis in idem en la Doctrina del Tribunal Constitucional», *Diario La Ley*, núm. 6735, 14 junio de 2007.

por ende, no existiría vulneración al principio, a no ser que como advierte GIMENO BEVIÁ, indirectamente afecte dos veces a la persona natural o física⁹⁵⁴.

En resumen, cuando se impongan dos sanciones o se procese dos veces a la misma persona jurídica, se estará frente al *non bis in idem*. Este principio podría verse afectando en caso de entidades de mínima complejidad interna que no permitan distinguirlas de las personas naturales de su seno⁹⁵⁵. Para que no se menoscabe este principio, se requiere que no exista identidad de fundamento en la sanción impuesta a la persona natural y la jurídica⁹⁵⁶.

- d) La prohibición de autoincriminación de la persona jurídica. El derecho de no autoincriminación del art. 77.7. c) de la CRE, replicado con la misma redacción en el numeral 8 del art. 5 del COIP, contienen un mandato redactado en negativo, es decir, una prohibición convertida en derecho. En materia procesal, como garantía normativa y respecto de su observancia a la persona jurídica procesada, equivale a que ésta no sea obligada a declarar contra sí misma en asuntos que le puedan ocasionar responsabilidad penal⁹⁵⁷. Por lo tanto, ha de partirse de la premisa de que esta garantía procesal, también le es garantizada a la persona jurídica⁹⁵⁸ en la medida, además, que éste se encuentra íntimamente ligado tanto con la presunción de inocencia cuanto con el derecho a la defensa, considerados derechos procesales fundamentales⁹⁵⁹. Luego, ese reconocimiento tácito a las personas jurídicas debe ser en todo su alcance⁹⁶⁰, sin posibilidad de restringirlo a determinados ámbitos específicos, pero sí en atención a la peculiar situación de persona jurídica, y en este último caso, ha de advertirse que no queda clara la situación regulatoria respecto de

⁹⁵⁴ «Compliance y proceso», cit., p. 57.

⁹⁵⁵ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas (el inicio de una larga andadura)*, M. Marchena Gómez (pr.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017. El autor advierte que «esto no resulta aplicable cuando la persona física es sólo administrador –no socio– de la personas jurídica, o cuando la persona jurídica es una organización empresarial compleja que pueda considerarse un autor corporativo autónomo respecto de la persona física».

⁹⁵⁶ Al respecto, en el sistema español el TS clarificando esta situación, ha señalado que al ser dos sujetos de imputación «cada uno de ellos debe responder de su propio injusto», STS n° 221, de 16 de marzo de 2016.

⁹⁵⁷ Pese a que no se haya regulado expresa y específicamente en una regla procesal, sin embargo, por tratarse de un derecho fundamental, deberá observarse también respecto de la persona jurídica procesada. Contrario a lo que ocurre en España por ejemplo, donde su reconocimiento puntual en favor de la persona jurídica procesada, lo contempla el art. 409 bis de la LECrim; ello, a pesar que a nivel regional europeo no exista de forma consensuada reconocimiento expreso ni que hasta la actualidad exista una guía clara respecto de su futura evolución. Sobre esa última apreciación véase BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Derechos procesales fundamentales», cit., pp. 320 y ss.

⁹⁵⁸ En Alemania, por ejemplo, se sugiere por una parte, que pese a que este principio no este expresamente regulado en beneficio también de la persona jurídica, debe observárselo a su favor dentro de un proceso, aunque por otra parte la doctrina y el propio Tribunal Supremo se han pronunciado en sentido contrario, es decir, negando la aplicación de este principio a favor de aquellas, Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Derechos procesales fundamentales», cit., p. 320.

⁹⁵⁹ Sobre esta justificación, un extenso abordaje véase en: NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., pp. 475 y ss.

⁹⁶⁰ Cfr. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 370, al respecto el autor considera que de no admitírsele sin fisuras será conveniente negárselo conforme ocurre en los EE.UU de Norteamérica, en donde la V Enmienda no es aplicable a las personas jurídicas bajo el argumento de que son creaciones del Estado que así como les proporciona derechos y privilegios, se los restringe a través de las leyes.

por medio de quién o quiénes se lo puede ejercer⁹⁶¹. No obstante, por ahora, siguiendo la línea argumentativa de este trabajo, se dejará indicado que en principio, será el representante legal o judicial de la persona jurídica que comparezca al proceso penal en su representación quien ejercite este derecho en favor de su representada.

Como principio o derecho fundamental, esta garantía implica una protección directa de otros derechos y garantías procesales, como el derecho a guardar silencio por ejemplo. De ahí que, al igual que en el caso de la persona natural, su observancia en favor de la persona jurídica deberá asegurarse desde el inicio mismo de la investigación hasta la audiencia de juicio en la etapa del mismo nombre.

- e) El principio de intimidad y la persona jurídica procesada. Con la advertencia de la humanidad que parece exigir este principio al referirse al ámbito personal y familiar, y en la necesidad de establecer su compatibilidad o no con la persona jurídica procesada, se aborda a continuación un análisis reflexivo un tanto amplio.

En ese afán, se advierte que la intimidad como garantía procesal y constitucional abarca dos ámbitos de protección, el personal y el familiar, de los cuales, el personal ha de garantizarse respecto de la persona jurídica, no solamente durante el proceso penal sino también desde la fase pre procesal de investigación. Esto último, en la medida que para proceder a obtener alguna información que afecte a la intimidad personal que posteriormente sirva para sustentar una formulación de cargos, se deberá observar las reglas de legitimidad, empero, siempre que intimidad se asuma no necesariamente dependiente de la condición humana sino de la expectativa de privacidad de la entidad y referida a su sigilo societario.

Esta garantía que en materia procedimental consta en el numeral 10 del art. 5 del COIP, implica también la prohibición de *registros, allanamientos e incautaciones*, y tanto en el domicilio de la persona jurídica cuanto en el lugar donde ésta realice cualquier actividad –que bien pueden ser sus sucursales o algún o algunos establecimientos donde recaiga las actividades investigativas–. De todas formas, existen varias cuestiones que merecen matizarse en su alcance a las personas jurídicas procesadas.

⁹⁶¹ Como se advierte en NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 462.

Si bien es cierto que, por un lado, el legislador ecuatoriano ha elevado inclusive a la categoría de delito la violación a la intimidad al incorporarlo como tipo en el art. 178 del COIP⁹⁶², sin embargo, en su alcance estrictamente procesal cuando una persona jurídica se encuentra en calidad de sujeto pasivo, habrá de referirse a él en el marco de éstas connotaciones, en tanto que respecto de su consideración como delito, le queda a la entidad su derecho en calidad de víctima y no como procesada, esto por no tratarse de un delito atribuible.

Al hilo de la advertencia realizada *supra*, ha de indicarse que en materia procesal los arts. 470 y 471 del COIP, desarrollan este principio en dos supuestos. En efecto, por una parte el art. 470 regula ya en el Libro II, al amparo del principio de intimidad, las denominadas «*comunicaciones personales*» y respecto de las cuales prohíbe sus grabaciones o registros, cuando se trate de comunicaciones de terceras personas sin sus respectivos conocimientos o autorización. Es decir, en caso de que una persona jurídica y otra de su misma especie o persona natural establezcan comunicaciones, éstas se encuentran protegidas por el derecho a la intimidad. Luego, inmediatamente surge la necesidad de delimitar el tipo de comunicaciones y establecer los canales de esas comunicaciones. La primera cuestión se responde sola en la medida que se traten de comunicaciones personales –de persona a persona–; luego, la segunda cuestión merece ciertas puntualizaciones:

- i. Los canales de comunicación serán siempre terceras personas ya sean naturales o jurídicas –asumiendo que a estas últimas la represente cualquiera de las personas del art. 49 que dieron origen al hecho de referencia–, es decir, de personas que respecto de quien se graba o registra se constituya en tercero, o lo que es igual, que la grabación o registro sea por un tercero que no interviene en la comunicación y que además no ha sido autorizado y lo hace con desconocimiento de los comunicantes; y,
- ii. En el caso de las personas jurídicas la comunicación no necesariamente deberá limitarse a aquella que sobre cuestiones protegidas por la intimidad o sigilo societario realicen sus representantes legales, sino que deberá ampliar también a todas aquellas personas que de algún modo sean portadoras de información reservada, que por la naturaleza de su actividad o función o por

⁹⁶² El tipo penal referido acuñado en el COIP bajo la denominación de violación a la intimidad, cuya norma sanciona con uno a tres años de prisión, el acceso, la interceptación, la examinación, la retención, las grabaciones, la reproducción, la difusión y la publicación de datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona, sin sus respectivos consentimientos.

que la propia dirección de la persona jurídica le ha confiado en razón de su condición, como por ejemplo, socios, accionistas, financistas, entre otros; en una especie de parangón con la intimidad familiar de las personas naturales advertida en el art. 5.10, y esto, en la medida que no sólo protege a la persona que participa en la comunicación de la información protegida por la intimidad, sino también a otros miembros o no de la persona jurídica que en razón de algún mandato, encargo o por alguna condición porten esta clase de información. No obstante, habrá que analizarse también a estos efectos, la advertida *expectativa de privacidad* que la persona jurídica tenga respecto de cierta comunicación.

Luego, los efectos de esta prohibición conllevan conforme al propio art. 470, la exclusión jurídica de la información o evidencia que se obtenga en su violación, además de las correspondientes acciones penales por el delito del art. 178, así como su reparación por parte de la persona que haya forzado su revelación.

Por otra parte, los registros que estén relacionados con hechos constitutivos de infracciones penales merecen otro tratamiento, en la medida que se constituyen en excepciones a las prohibiciones del art. 470⁹⁶³. En la práctica organizacional de la persona jurídica, esta advertencia habrá de tenerse siempre presente para efectos de la validez probatoria⁹⁶⁴, más aún, cuando alguno de sus escenarios son propicios para grabar audio y videos, y fotografiar⁹⁶⁵.

- iii. La expectativa de privacidad de la persona jurídica y el interventor judicial.- Una cuestión que debe tomarse en consideración a la hora de la vigencia del principio de intimidad, consiste en la actividad que realiza el interventor judicial.

⁹⁶³ En efecto, según el art. 471 del COIP, no requerirán autorización judicial las «grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución».

⁹⁶⁴ Puede darse el caso que se pretenda, que esas grabaciones o registros si de hecho son incorporadas en un proceso sin autorización judicial tendrían validez procesal en contra de la persona jurídica. Sin embargo, de ser así, ello resulta atentatorio contra el derecho a la intimidad, toda vez que pese a que se trate de una cámara de vigilancia o seguridad, no obstante, por estar instalada dentro de una propiedad privada –de la persona jurídica–, en la cual ejercita con toda tranquilidad y confianza su expectativa de privacidad aunque sea a través de las personas naturales de su seno, y si en estas circunstancias se verifica la comisión de un delito, se requerirá necesariamente su obtención probatoria mediante allanamiento y, además, la autorización judicial, so pena que de lo contrario se vulneren derechos colaterales como por ejemplo, el de no declararse «*tácitamente*» culpable de la comisión de un delito, o la prohibición de autoincriminación, además del derecho a la defensa. Lo correcto sería en estos casos, el allanamiento, el levantamiento y la aprehensión de los medios o dispositivos electrónicos de grabación y sus memorias volátiles o no volátiles y previa autorización judicial proceder bajo todas las garantías a su explotación pericial.

⁹⁶⁵ Casi todas las empresas personas jurídicas tienen cámaras de audio ya sea por motivos de seguridad o para controlar los procesos de producción de la actividad a la que se dedican, y si esas cámaras graban audios o videos de algún o algunos hechos delictivos de aquellos que configuren alguno a algunos de los delitos del catálogo *numerus clausus* a ellas atribuibles, que además sean «*preservadas en su integridad*» y también esas grabaciones se pongan inmediatamente a órdenes de la o el fiscal en soporte original (art. 471 COIP).

En sentido, puede ocurrir que el fiscal que investiga un proceso penal contra una persona jurídica, solicite del interventor documentos o evidencia o se lo llame a declarar sobre cuestiones que involucren posiblemente a la entidad y sirvan a la fiscalía para sustentar su acusación. Respecto de esta cuestión, deberá necesariamente considerarse aspectos relativos a la actuación del interventor y la *doctrina de simple vista*; a la delimitación de las atribuciones como interventor en todas o en una sola actividad, y cuestiones relacionadas con el secreto profesional⁹⁶⁶.

- f) Principios de oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, impulso procesal, publicidad, intermediación, motivación e imparcialidad. Estos principios de plena vigencia en el sistema acusatorio ecuatoriano les son perfectamente aplicables también a las personas jurídicas y sin ningún tipo de reparos o restricciones, pues, son principios que garantiza tanto el propio sistema judicial a través de sus órganos unipersonales o pluripersonales (los de oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, publicidad, intermediación, motivación e imparcialidad), cuanto el propio ejercicio de los sujetos procesales (impulso procesal).

De los citados principios, el de publicidad merece ser tomado en consideración a la hora de abordarlo en el proceso penal contra la persona jurídica, en la medida que a través de aquél se pretenda empeorar la reputación de la persona jurídica procesada, sobre todo, en empresas que compiten con otras fuertemente en el mercado, en las que, la publicidad de ciertas diligencias procesales puede afectar gravemente la economía de la persona jurídica, más aún, si ésta luego resulta absuelta.

Por el principio de publicidad y por regla general los *procesos* penales son públicos, salvo los casos de excepción previstos en el COIP. Y es que, no se trata de buscar para las personas jurídicas un trato preferencial respecto de las personas naturales que están fuera de los casos de excepciones que dicta la norma, sino más bien, de buscar mecanismos que impidan que la información sensible que forme parte del proceso de una persona jurídica se divulgue⁹⁶⁷ mientras no exista una sentencia condenatoria⁹⁶⁸. De ahí que sea necesario, establecer ciertas limitaciones a esa

⁹⁶⁶ Algunas de estas cuestiones véase en NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit. 597 y ss.

⁹⁶⁷ Como ocurre por ejemplo, con la información pública del sistema de consulta de causas de la función judicial eSATJE, a través de la cual se publicitan las causas que se encuentran en estado procesal, disponible en: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

⁹⁶⁸ Así por ejemplo, las versiones y declaraciones de personal involucrado en las empresas que tengan que ver con cuestiones relativas a estrategias de negocios vinculadas a las infracciones que se investigan, esto tomando en consideración que de no limitarse la publicidad, cualquier abogado podría en la etapa de instrucción acceder a esa información que quizás sirvan a otra empresa competidora para su beneficio y, por ende, en perjuicio de la persona jurídica procesada, cuyos efectos gravosos

publicidad abierta, sobre todo en precautela de derechos de terceros, los que sin estar vinculados con la actividad delictiva de las empresas, pudieran verse perjudicados por el abuso de la información que puede filtrarse a través del ejercicio del derecho de publicidad.

El principio de motivación merece también la necesaria advertencia a la hora de individualizar la participación delictiva de la persona jurídica, al momento de adoptar contra ella alguna resolución gravosa ya sea como medida cautelar o sentencia condenatoria. Esta advertencia tiene asidero en el análisis de varias resoluciones judiciales ecuatorianas contra personas jurídicas involucradas, en las que se ha podido observar la ausencia de motivación particularizada, tanto en lo que corresponde a la evaluación de los indicios o elementos de convicción o de prueba cuanto en la ausencia de argumentación del hecho de referencia –comisión de delito por parte de una persona natural– que generó la responsabilidad de la persona jurídica⁹⁶⁹.

Y es que, en la praxis ecuatoriana existe por ahora la tendencia de *fundir* o *confundir* la participación de la persona natural con la de la persona jurídica, dejando de lado la motivación que debe realizarse respecto de la participación de las entidades. Esta situación permite sustentar la hipótesis de que, en estos casos en concreto, se estaría inobservando el principio de motivación que impone al juzgador la obligatoriedad de fundamentar sus decisiones, debiendo pronunciarse en particular sobre las actuaciones de cada procesado, y esto inclusive, como un mandato de obligatoriedad constitucional conforme al art. 76, numeral 7, letra j) de la CRE. De ahí que, la sentencia o condena contra una persona jurídica procesada debe contener un pronunciamiento específico y motivado sobre su culpabilidad propia⁹⁷⁰.

- g) Principio de privacidad y confidencialidad. Respecto de su observancia a favor de la persona jurídica, este principio debe permitir, precisamente, reglar la publicidad abierta de los procesos penales contra ellas, en el sentido de que también a su favor se prohíba la divulgación de fotografías o cualquier información que posibilite su identificación y que hayan sido obtenidas dentro de las respectivas actuaciones

tendrán consecuencias nefastas para su economía, sea durante el propio enjuiciamiento mientras aquél no concluya, y aún más si al final resultare absuelta.

⁹⁶⁹ En la Causa Penal N° 09285-2016-01956 ventilada en un juzgado de Guayaquil, se dictó Auto de Llamamiento a Juicio en contra de la Compañía RAPIAGOS S.A. y otros en calidad de autores por el delito de Abuso de Confianza tipificado en el art. 187 del COIP. Además de lo erróneo al imputarle un delito no atribuible en ese momento, no se observa particularidad que motive en el auto de llamamiento a juicio, la participación de la persona jurídica en el proceso que se le ha instaurado.

⁹⁷⁰ Como se ha pronunciado en España el TS. Sobre este particular véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas (el inicio de una larga andadura)*, Thomson Reuters, Pamplona, 2017.

judiciales, policiales, inclusive, administrativas. Esta garantía incluye, además, la prohibición de referirse respecto de la documentación, nombres –razón social–, residencia o antecedentes –de la entidad– (art.5. 20 COIP). Aunque como está regulada está en la actualidad, parece que únicamente alcanza a niños, niñas y adolescentes que participen en el proceso penal, así como a cualquier otra persona víctima de delitos sexuales. Empero, en atención a los argumentos esbozados y a propósito del principio de publicidad, se debería discutir la posibilidad de ampliar este principio a favor de las personas jurídicas, al menos respecto de cuestiones que puedan perjudicar gravemente su reputación, economía y, sobre todo, a terceros de buena fe, más aún, cuando a través de este principio se busca proteger el respeto al derecho de «*intimidación*», y además, por cuanto el derecho a la privacidad de la persona jurídica, involucra directamente asuntos relacionados con la inviolabilidad del domicilio, privilegio de secreto de comunicaciones profesionales con su abogado y la denominada doctrina del producto del trabajo⁹⁷¹.

En resumen, de una mirada panorámica se puede establecer que los principios y derechos fundamentales de la CRE y las garantías procesales del art. 5 del COIP, les son aplicables a las personas jurídicas, con excepción del principio de privacidad y confidencialidad que como se advirtió, está encaminado por ahora a proteger únicamente a víctimas de delitos sexuales, y a niños, niñas y adolescentes que participen en un proceso penal, dejando fuera de la órbita no solamente a las personas jurídicas, sino también a todas las demás personas procesadas fuera los casos anotados.

Luego, los principios de *publicidad* y los de *non bis in idem e impugnación* requieren un tratamiento cauteloso, en la medida que respecto del primero podrían verse afectados derechos de terceros, además de menoscabos al patrimonio de la entidad más allá de aquel relacionado con la infracción, así como daños relacionados con su reputación. Respecto de los segundos, de igual manera se hace necesario la pronta y total configuración de la jurisdicción indígena, que articule de manera idónea las sanciones y el derecho a recurrir o impugnar sus decisiones, puesto que, de no ser así, se pueden llegar a afectar gravemente las actividades o bienes de una persona jurídica en caso de que ella quede sometida a ese tipo de justicia por la presunta comisión de ciertas infracciones bajo la jurisdicción de esas comunidades sin que, como hasta ahora, se pueda impugnar.

⁹⁷¹ Vid. SANGUINÉ, O., «Derechos fundamentales de», cit., p. 472.

II. Especificidades procesales en el juzgamiento penal de la persona jurídica en el Código Orgánico Integral Penal

1. Planteamiento

En la región sudamericana, sobre todo en los países de la Comunidad Andina en la que se adscribe Ecuador, no están plenamente definidas cuestiones de jurisdicción y competencia procesal internacional que atañen al enjuiciamiento penal de las personas jurídicas, más allá de las advertidas regulaciones del CSB advertidas *supra*. Pero, esta problemática no solamente se presenta en de la región, se la observa también en Europa, en donde pese contarse con un sistema económico unitario⁹⁷² que a nivel de bloque regional o comunitario se rige por Decisiones Marco y Directrices⁹⁷³ regulatorias, los asuntos relacionados con cuestiones procesales de extranjería sobre jurisdicción y competencia en el procesamiento de la persona jurídica, resultan todavía no bien definidos⁹⁷⁴. No así en los EE.UU de Norteamérica, en donde la Ley SOX⁹⁷⁵ brinda una posibilidad puntual en asuntos de jurisdicción en procesos de personas jurídicas extranjeras, además de las correspondientes jurisdicciones federales y estatales con sus implicaciones en la Decimocuarta Enmienda⁹⁷⁶.

De ahí que, al igual que los Estados europeos, es necesario centrar la mirada a la regulación interna respecto de estos temas y sus implicaciones en el proceso penal contra las personas jurídicas. En ese sentido, en Ecuador el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), respecto de las reglas de jurisdicción y competencia, las remite a la CRE, a los tratados y convenios internacionales, y al COIP, éste último cuerpo normativo apenas establece sus

⁹⁷² En Europa la integración económica ha permitido notablemente la expansión del campo de actuación empresarial y para efectos de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas se han promulgados las denominadas «*Decisiones Marco*», que recomiendan tomar en cuenta como fuero el lugar de la sede de la persona jurídica a efectos su procesamiento penal, Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Jurisdicción y competencia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 261-275.

⁹⁷³ En Europa se han promulgado respecto de esta temática y hasta la fecha, las siguientes Decisiones Marco: de 2002/475/JAI, de 13 de julio de 2002 referente a la lucha contra el terrorismo; de 2003/568/JAI, de 22 de julio referente a la lucha contra la corrupción; de 2004/757/JAI, de 25 de octubre respecto a directrices sobre disposiciones mínimas de los elementos que constituyen el delito y de las penas aplicables a las infracciones por tráfico ilícito de drogas; de 2005/667/JAI, de 12 de julio, sobre refuerzo para la represión de la contaminación de buques; de 2008/841/JAI, de 24 de octubre respecto a la lucha contra la criminalidad organizada; de 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, referente a la lucha contra expresiones de racismo y xenofobia; de 2009/948/JAI del Consejo de 30 de Noviembre de 2009, respecto a jurisdicción penal internacional y «*non bis in idem*». Entre las Directrices: de 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, sobre la lucha contra la trata de personas y sobre la protección de víctimas; de 2011/92/UE, de 13 de diciembre, referentes a pornografía infantil, abuso y explotación sexual a menores. Todas estas Decisiones y Directrices hacen referencias a cuestiones de fuero.

⁹⁷⁴ Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 43. Respecto de la problemática de la jurisdicción y competencia internacional, el autor considera que en Europa al menos en la UE, no se dispone de «*normas de reparto de competencia internacional*», sugiriendo la posibilidad de «*acudir a ordenamiento interno*».

⁹⁷⁵ Esta Ley otorga jurisdicción a las Cortes de Estados Unidos para procesar a personas jurídicas que voluntariamente se inscriben en las bolsas de valores de ese país. Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 49.

⁹⁷⁶ Esta enmienda es aplicable a las personas jurídicas en la medida de su consideración de persona. Respecto de las jurisdicciones federales y estatales la jurisdicción de una sustrae la de otra. Para mayor profundización sobre estas cuestiones, véase a: VILLEGAS GARCÍA, M., «La responsabilidad criminal», cit., pp. 152 y ss.

lineamientos generales en el Título I del Libro Segundo. El advertido panorama, torna indispensable el análisis puntual de estas instituciones penales.

Y es que la problemática que encierra la RPPJ en cuestiones procedimentales con visos de extranjería, no sólo se presenta en el caso ecuatoriano, sino también a otras jurisdicciones como la española por ejemplo, en donde desde un inicio la doctrina ha advertido incertidumbre respecto de ciertos criterios de extraterritorialidad⁹⁷⁷. De ahí que, es necesario abordar el debate que se proyecta en dos direcciones. Esto es, o excluir de plano la competencia internacional de los tribunales locales cuando los delitos atribuibles a la persona jurídica se hayan cometido en el extranjero; o asumir que la referencia a ecuatorianos y extranjeros contenida en los criterios de extraterritorialidad del art. 400 del COIP, comprende también a empresas, fundaciones, corporaciones y asociaciones⁹⁷⁸.

En el caso ecuatoriano, la primera opción resulta descartado dado el sistema de RPPJ vigente desde 2014, además, por cuanto al amparo del art. 401 del COIP que proclama la jurisdicción universal del juzgador ecuatoriano, ciertos delitos atribuibles a las personas jurídicas pueden ser procesados al amparo de la jurisdicción y competencia ecuatoriana. La segunda opción en cambio, puede ser plenamente admisible, toda vez que, conforme las reglas señaladas en el art. 400 del COIP, se advierten dos posibilidades: a) respecto de los delitos cometidos en territorio nacional por *ecuatorianos o extranjeros*; y, b) respecto de los delitos cometidos en el extranjero, por una parte, referida a los casos de que los sujetos activos sean los Jefes de Estado, los representantes diplomáticos del Ecuador, su familia y la comitiva, los cónsules ecuatorianos; y, por otra parte, los sujetos activos de esta clase de responsabilidad podrían ser cualquier clase de persona –incluida la jurídica– ecuatoriana o extranjera que delinca en espacio aéreo nacional o mar territorial ya sea del Ecuador o de otro Estado, a bordo de naves aéreas o marítimas de bandera ecuatoriana, y en caso de personas ecuatoriana o extranjera, por delitos contra el derecho internacional. Es decir, en el primer caso de la letra b) a menos que los presidentes, diplomáticos sus familiares y comitivas reúnan las calidades de personas naturales del art. 49, podría darse la posibilidad de que se los procese conforme a la jurisdicción ecuatoriana. Luego, en los otros dos casos de la misma letra b), la jurisdicción queda condicionada a los lugares de comisión y a determinados delitos. De ahí que, conforme a esta segunda posibilidad, en los casos que las reglas del art. 400 se refieran a personas

⁹⁷⁷ Cfr. ZARZALEJOS NIETO, J. «La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas», con BANACLOCHE PALAO, J., GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos civiles y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 139-152. (p. 142)

⁹⁷⁸ Vid. ZARZALEJOS NIETO, J. «La competencia judicial», cit. p. 143. La advertencia realizada por el autor si bien obedece a la regulación anterior del art. 23 de la LOPJ, es perfectamente pertinente al caso ecuatoriano con las adecuaciones realizadas en la referida cita, y pese a que en 2014 se reformó el citado art. 23, en Ecuador hasta hoy sigue teniendo vigencia conforme a las reglas de jurisdicción del art. 400 del COIP.

ecuatorianas o extranjeras, comprenderán también las jurídicas de derecho privado y esto en plena concordancia con el art. 49 del COIP.

Como se puede observar, en el análisis planteado *supra*, el COIP de alguna forma presenta reglas que permitirán abordar cuestiones de jurisdicción cuando se presenten en el procesamiento de las personas jurídicas ciertos elementos de extranjería⁹⁷⁹ relevantes.

Por otro lado, en materia del ejercicio de la acción penal, ya en el Derecho romano se sostenía que *nemo iudex sine actore* (no puede existir un proceso si no hay actor), y *nemo procedat iudex iure ex officio* (no puede existir un proceso de oficio)⁹⁸⁰. En la actualidad, a la acción penal se la concibe como un derecho público subjetivo que permite la intervención de la administración judicial para proteger intereses jurídicos⁹⁸¹, o también, puede ser entendida como una suerte de *poder jurídico* que le asiste los justiciables, para acudir ante el poder judicial, discutir sus pretensiones y solicitar tutela del derecho que afirma le corresponde⁹⁸².

En contraste con lo expuesto en el párrafo anterior, se considera también acción penal a la facultad inherente a un individuo determinado para iniciar un proceso penal, y desde el punto de vista del Estado, se puede afirmar que constituye el deber de ejercer el *ius puniendi* ante un acto que tapiza o reviste de aquellas características propias de un hecho ilícito, en cualquiera de las dos circunstancias se requiere la participación e intervención del órgano jurisdiccional –ente encargado de brindar la tutela judicial respectiva–. Por lo tanto, se deduce que la acción penal, es aquel poder jurídico que tiene todo ciudadano para solicitar al órgano jurisdiccional la correspondiente tutela jurídica⁹⁸³. Este «*poder jurídico*» en Ecuador, podrá servir para que los justiciables puedan acudir ante los órganos judiciales y exigir tutela de derechos en contra de cualquier persona, y desde 2014 además contra la jurídica.

La acción penal en Ecuador es de carácter público que se la dirige también contra la persona jurídica, tornándola por ende, sujeto pasivo del proceso penal. Luego, el ejercicio de la acción penal conforme al art. 410 será público o privado. Para la privada están reservados únicamente cinco delitos: el estupro (art. 167), la calumnia (art. 182), lesiones que no superen los treinta días (art. 152), la usurpación (art. 200), y con las últimas reformas, el maltrato, muerte y abuso de animales que forman parte de la fauna urbana (arts. 249 y 250). De esta

⁹⁷⁹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁹⁸⁰ Vid. ILLANES, F., «La Acción Procesal», 2010, disponible en:

<http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/accpro.pdf>

⁹⁸¹ Cfr. ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico De derecho Procesal, Civil Y Comercial*, Buenos Aires, Argentina, 2ª ed., vol. I., Ediar, Buenos Aires, 1963.

⁹⁸² Cfr. COUTURE, E. J., *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., De Palma, Buenos Aires, 1997.

⁹⁸³ Vid. ILLANES, F., «La Acción Procesal», cit., p. 5.

clase de infracciones, aquellas contra los animales que forman parte de la fauna urbana les son atraíbles a las personas jurídicas mediante el ejercicio privado de la acción penal.

A la luz de las cuestiones advertidas, este epígrafe tiene como objetivo determinar las particularidades de la regulación procesal de la acción penal, en la medida que sean compatibles o no con la persona jurídica. Esto de cara a ir perfilando sugerencias regulatorias o al menos aclarar o advertir incompatibilidades que puedan afectar el procesamiento penal de la persona jurídica. Cuestiones como jurisdicción y competencia, ejercicio privado, extinción y prescripción de la acción penal, y principio de oportunidad, serán abordadas con rigurosidad académica.

2.- Jurisdicción y persona jurídica

En sub epígrafe se aborda el análisis normativo de la jurisdicción ecuatoriana enfocada al ámbito de la persona jurídica.

2.1.- Jurisdicción y persona jurídica en el Código Orgánico de la Función Judicial

En Ecuador el art. 7 del COFJ eleva la jurisdicción y la competencia a categoría de principios, señalando que éstas *nacen de la Constitución y la ley*. De ahí que, de acuerdo a esta disposición, solamente los jueces nombrados conforme a la Constitución y a la Ley, podrán ejercer la potestad jurisdiccional. Luego, en el art. 151 el COFJ sientan los lineamientos generales de la jurisdicción, y para los efectos penales establece una referencia general en el inciso tercero, al señalar que en esta materia se estará a lo dispuesto por la CRE, los tratados y los convenios internacionales, por el COFJ y, actualmente, por lo dispuesto en el COIP. De ahí que, respecto de la potestad jurisdiccional, habrá de remitirse a los cuerpos normativos indicados.

2.2.- La Jurisdicción en el Código Orgánico Integral Penal

El Libro Preliminar del COIP establece el punto de partida de la potestad jurisdiccional penal al determinar los ámbitos espaciales y personales⁹⁸⁴.

⁹⁸⁴ En el COIP el art. 14.1, reconoce al territorio del Ecuador como el ámbito dentro del cual se ejercerá jurisdicción contra ecuatorianos y extranjeros. Luego, en el art. 14.2 cuando una infracción es cometida en el extranjero en los casos que, conforme a las cinco sub reglas de este numeral, la infracción o produzca efectos penales en el Ecuador o en lugares sujetos a su

Ya en materia de proceso penal, en términos legales la jurisdicción penal en Ecuador ha sido entendida como «*la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*»⁹⁸⁵, lo que implica *a priori*, el sometimiento bajo la legislación penal ecuatoriana, a un procedimiento penal de aquellos reglados en el COIP⁹⁸⁶. Esta concepción de jurisdicción pensada y construida para los seres humanos, puede presentar complicaciones a la hora de analizarla en las personas jurídicas procesadas, por lo que, habrá de hacer un esfuerzo en aras a ir justificando las posibilidades regulatorias cuando se trate de abordarla en un proceso penal contra las personas no naturales, sobre todo, en cuestiones que involucren asuntos de extranjería.

La concepción que considera a la jurisdicción esa potestad de «*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*», parecer ser la que ha sido adoptada en gran medida por varios países iberoamericanos⁹⁸⁷ incluido Ecuador.

En sentido amplio, generalmente es entendida como la expresión de la soberanía de un Estado que le permite a éste a través de los órganos jurisdiccionales aplicar el ordenamiento jurídico para resolver conflictos entre particulares, o para restablecer el orden alterado por su propia actividad estatal, todo esto, juzgado y haciendo ejecutar lo juzgado⁹⁸⁸. Como se puede observar, esta definición abarca tanto la jurisdicción no penal –*para dilucidar situaciones de conflicto entre intereses particulares*–, así como la penal, e incluso la administrativa sancionadora –*o para restablecer el orden alterado por infracciones del mismo*–. No se trata de pretender fraccionar la noción de jurisdicción a los diferentes campos del Derecho, sino de buscar una acepción un tanto completa e integradora que permita abordar a profundidad problemas específicos que pueden presentarse en el proceso penal contra las personas jurídicas. En esa ruta penal, es importante entenderla en su carácter potestativo, esto es, en el sentido del sometimiento del juzgador al *ius puniendi* que le atribuye la ley penal sobre determinadas personas y en relación con ciertos hechos que les son sometidos⁹⁸⁹.

Aunque se la asimile en ocasiones con la propia función judicial, cuando sostiene que junto con la administrativa o ejecutiva y la legislativa, se trata de una función estatal⁹⁹⁰. Esta pretendida sinonimia no resulta útil para efectos de atribución o resolución de controversias

jurisdicción, o cuando es cometida en el extranjero contra persona o personas ecuatorianas siempre que se respete el non bis in idem en el lugar extranjero donde se perpetró, o cuando la cometen servidores públicos en ejercicio de sus funciones, o cuando afecta a bienes protegidos por el Derecho Internacional y que no hayan sido iniciados en otra jurisdicción, o que constituyan graves violaciones a los derechos humanos.

El 14.3 reviste de jurisdicción penal ecuatoriana a aquellas infracciones cometidas a bordo de naves o aeronaves militares o mercantes ecuatorianas. Y, el numeral 4 del art. 4 finalmente blinda de jurisdicción penal ecuatoriana a aquellas infracciones penales cometidas por los servidores de las fuerzas armadas en el extranjero.

El art. 15 que determina el ámbito de aplicación personal, hace recaer sobre las personas ecuatorianas y extranjeras que cometan infracciones tipificadas en el COIP, la potestad jurisdiccional penal.

⁹⁸⁵ Art. 398 Código Orgánico Integral Penal, y en un sentido más amplio, art. 150 del COFJ.

⁹⁸⁶ El COIP regula el procedimiento penal ordinario (arts. 580 al 633), los procedimientos especiales: abreviado (arts. 635 al 639), directo (art. 640), expeditos (arts. 641 al 646) y para el ejercicio privado de la acción penal (art. 647 al 651).

⁹⁸⁷ Como España por ejemplo, en el art. 117. 3 de la CE., y en el art. 2.1 de la LOPJ.

⁹⁸⁸ Vid. AA.VV., *Procesal Penal*, P. Martín Nieto (coord.), Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

⁹⁸⁹ Así se advierte en el caso español en la STS 327/2003, 25 de febrero de 2003.

⁹⁹⁰ Vid. VACA ANDRADE, R., «Derecho Procesal Penal», cit., p. 293.

de jurisdicción penal a la hora de procesar a personas jurídicas, ya que ello equivaldría aceptar el mero sometimiento a la actividad judicial para validar el procesamiento de los entes ficticios. De ahí que, se requiere diferenciar la jurisdicción penal como una especie del género función judicial para poder profundizar sus alcances dentro del proceso penal a esta clase de personas.

Entendida la jurisdicción penal como la potestad del juzgador para someter a procesamiento y juzgamiento a determinadas personas, entre ellas las jurídicas, corresponde abordar desde el prisma de estas, cada uno de los ámbitos de la potestad jurisdiccional.

2.2.1.- Personas jurídicas ecuatorianas o extranjeras que cometan una infracción penal en el territorio del Ecuador

Respecto de la persona jurídica ecuatoriana⁹⁹¹ de derecho privado con fines de lucro –dado a la naturaleza de su actividad comercial–, se han de distinguir dos sub clases. Por un lado, aquellas que realizarán sus actividades únicamente en el territorio ecuatoriano, las que sin ningún problema quedarían dentro de la regla primera del ámbito jurisdiccional. Por otro lado, aquellas que no sólo realizan su actividad económica o comercial en el Ecuador, sino que además, lo hacen en el extranjero y, en cuyo caso, la potestad jurisdiccional respecto de aquellas actividades extraterritoriales dependerá de cuestiones regulatorias de las respectivas legislaciones extranjeras donde la persona jurídica ejerza su actividad. Así, en esta segunda sub clase, puede que una persona jurídica ecuatoriana transnacional realice una actividad que implique producción y transporte en el territorio ecuatoriano, pero que también comercialice su producto en el extranjero⁹⁹², y que cometa uno o más delitos atribuibles en el territorio ecuatoriano, pero también en el extranjero donde realiza su actividad comercial. En este caso, la persona jurídica ecuatoriana se encuentra frente a dos jurisdicciones penales, ante lo cual, habrá que dilucidar a qué jurisdicción queda sometida. Para bordar esta situación, ha de tenerse en cuenta situaciones como las siguientes:

- a) Si en el caso advertido, la infracción atribuible a la persona jurídica es de aquellas que afectan al derecho internacional⁹⁹³ o alguno de los derechos previstos en convenios o tratados internacionales vigentes conforme a la regla 4 del art. 400 del

⁹⁹¹ Aquellas constituidas al amparo de la legislación ecuatoriana y sometida a las entidades de control ecuatorianas.

⁹⁹² Como suele suceder por ejemplo, son la actividad de producción, exportación y comercialización de banano en donde una misma compañía –sobre todo las de grandes dimensiones– produce en el Ecuador, y exporta y comercializa el banano en el extranjero.

⁹⁹³ Se trata de aquellos delitos contemplados en el Capítulo Primero, sobre todo los de la Sección Primera del Título IV, Libro Primero del COIP: genocidio (79), etnocidio (80), exterminio (81), esclavitud (82), deportación o traslado forzoso de población (83), desaparición forzada (84), ejecución extrajudicial (85), persecución (86), apartheid (87), agresión (88), delitos de lesa humanidad (89), en cuyo caso la sanción para la persona jurídica es su extinción.

COIP, quedará sujeta a la jurisdicción penal ecuatoriana con observación estricta al principio *non bis in idem* internacional. Lo que equivale a que si la persona jurídica no ha sido procesada ni sancionada por el mismo delito en otro Estado, quedará sometida a la jurisdicción penal ecuatoriana.

b) Puede darse el caso, que el delito cometido en el Ecuador sea distinto del delito que comete en el extranjero la misma persona jurídica, en cuyo evento, podría perfectamente quedar sometida a dos jurisdicciones penales distintas –Caso Odebrech– bajo el amparo de la regla primera en cuestión.

c) Pero también, puede darse el caso que alguna de las personas indicadas en art. 49 COIP sean procesadas por un delito atribuible de RPPJ en el extranjero, pero por cuanto ese Estado extranjero no contemple en su ordenamiento jurídico la RPPJ, y procese penalmente sólo a las personas naturales involucradas, y a las personas jurídicas les imponga sanciones administrativas cuyos efectos únicamente se queden en las fronteras de ese Estado. En este caso, y al amparo del *non bis in idem*, no se podrá procesar por el mismo delito a las personas naturales, pero ¿qué sucederá con la persona jurídica que no ha sido procesada penalmente? ¿Se la deberá también procesar en el Ecuador sin que esto afecte la prohibición de doble juzgamiento?

En los supuestos advertidos, bien se podría iniciar un proceso penal en Ecuador a la entidad a título de RPPJ por el mismo delito por el que fueron procesados los funcionarios, empleados o directivos –personas naturales– en el extranjero. Primero, por cuanto habiendo cometido también el delito en Ecuador en donde si es atribuible a título de RPPJ, queda sometida a su jurisdicción penal. Segundo, porque el propio art. 49 en el apartado segundo determina la independencia de responsabilidades entre ambas clases de personas involucradas en un mismo delito. Tercero, porque puede ser que a pesar de que ha sido sometida a jurisdicción penal en otro país, nunca hubo un proceso penal contra la entidad, lo cual a priori no vulneraría la norma del numeral 4 del art. 400, en lo referente a la prohibición del doble juzgamiento internacional. Y por último, porque el delito por el que en el extranjero se procesa a la persona natural, solamente constituye en Ecuador el hecho generador de RPPJ o el hecho de referencia.

d) Finalmente, Puede que una persona jurídica ecuatoriana cometa en Ecuador y en el extranjero un mismo delito que no afecte al derecho internacional, sino de aquellos que afectan a los recursos naturales no renovables, como por ejemplo, la actividad ilícita de recursos mineros art. 260 COIP (delito minero). En este caso, habrá de

aplicarse la jurisdicción preventiva en observación a los alcances del *non bis in idem* internacional.

2.2.2.- Persona jurídica de derecho privado nacional o extranjera que cometa una infracción a bordo de naves aéreas o marítimas de bandera ecuatoriana

Para evitar que ciertas conductas queden impunes en determinadas circunstancias, el legislador ecuatoriano ha incorporado una regla de jurisdicción que se permita abordar en el ámbito penal casos no muy comunes. En ese sentido, para los efectos de determinar la jurisdicción penal de las personas jurídicas de derecho privado en materia de RPPJ, ante la eventual situación de que la infracción se cometa conforme a la advertida regla 3 del art. 400 del COIP, hay que distinguir las siguientes situaciones y circunstancias:

- a) Que la infracción sea cometida por persona jurídica ecuatoriana o extranjera a bordo de una nave aérea ecuatoriana y registrada en el Ecuador dentro del espacio aéreo ecuatoriano. En este caso, puede ocurrir que el «*hecho de referencia*» se verifique dentro de nave ecuatoriana en el espacio aéreo ecuatoriano, en cuyo caso la regla no presenta mayores inconvenientes.
- b) Que la infracción haya sido cometida por persona jurídica ecuatoriana o extranjera a bordo de una nave aérea ecuatoriana registrada en el Ecuador pero en espacio aéreo extranjero. Es este caso, pese a que el «*hecho de referencia*» se cometa en espacio aéreo extranjero, la jurisdicción para procesar a la persona jurídica la mantiene el juzgador ecuatoriano.
- c) Que la infracción sea cometida por persona jurídica ecuatoriana o extranjera a bordo de una nave marítima ecuatoriana registrada en el Ecuador dentro del mar territorial ecuatoriano. A igual que la regla primera, no presenta mayores reparos cuando el «*hecho de referencia*» se lo realiza dentro de esta clase de embarcaciones.
- d) Que la infracción sea cometida por persona jurídica ecuatoriana o extranjera a bordo de nave marítima ecuatoriana y registrada en Ecuador, en el mar territorial de otro estado. Se trata este caso al igual que la regla segunda, de una extensión de la jurisdicción penal ecuatoriana a otros ámbitos territoriales, cuando la persona jurídica comete un delito atribuible en las condiciones o circunstancias establecidas en esta regla.

- e) Finalmente como complemento o requisito necesario para efecto de que en los casos indicados los jueces ecuatorianos tengan jurisdicción penal para procesar a las personas jurídicas por delitos cometidos en las circunstancias indicadas, es indispensables que esas naves aéreas o marítimas sean ecuatoriana y se encuentre registrada en el Ecuador.

2.2.3.- Jurisdicción internacional subsidiaria

Dentro del catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas de derecho privado del COIP, constan aquellos de genocidio (art. 79), de guerra y agresión (at. 88), y de lesa humanidad (art. 89). Estos delitos son materia de la jurisdicción penal internacional conforme al Estatuto de Roma, cuando al interior de los Estados frente a la ausencia de jurisdicción penal nacional, o cuando existiendo jurisdicción, no se puede evitar la impunidad.

El primer caso advertido no es aplicable a la problemática de jurisdicción penal ecuatoriana, pues, como se ha indicado, los tres delitos sujetos a la jurisdicción del Estatuto de Roma, sí constan regulados en el COIP, y además, –en materia que compete– pueden generar RPPJ conforme a la norma contenida en el art. 90. El segundo caso, si los Estados partes no son capaces de evitar que estos delitos queden en la impunidad, se activa subsidiariamente el sistema de jurisdicción penal internacional del cual Ecuador es parte⁹⁹⁴.

2.3.- Especificidades internacionales de jurisdicción aplicables a las personas jurídicas trasnacionales

Una vez analizados los presupuestos de jurisdicción en el Ecuador respecto al procesamiento a las personas jurídicas de derecho privado conforme a la normativa interna, corresponde abordar las recomendaciones específicas que la doctrina y el Derecho comparado han venido construyendo en materia de RPPJ.

Así, Francia, por ejemplo, hace depender la jurisdicción de cuestiones como el lugar de la comisión de la infracción, la situación de la sede de la persona jurídica, y de reglas particulares en materia de terrorismo o de infracciones económicas⁹⁹⁵, ésta última cuestión, en atención

⁹⁹⁴ En el año 2001, la Corte Constitucional del Ecuador, emitió su dictamen favorable sobre la conformidad con la Constitución de la República del Estatuto de Roma, con lo que, a partir de allí, se ratifica que la jurisdicción penal internacional de forma subsidiaria se encuentra vigente en el Ecuador. SALGADO PESANTES, H. «Dictamen del Tribunal Constitucional del Ecuador sobre la Corte Penal Internacional». *Revista IIDH*, vol. 32-33, 1995, pp. 209-222.

⁹⁹⁵ Vid. POELEMANS, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés», *Revista EGUZKILORE*, n° 28, 2014, pp. 123-124.

a su participación como Estado miembro de la UE⁹⁹⁶. Una particularidad interesante del sistema francés como explica POELEMANS, radica en la peculiar determinación de la jurisdicción y del sometimiento al proceso penal del representante legal de la persona jurídica, basada en «*el momento de las infracciones penales*» y no en la época de los hechos⁹⁹⁷.

En España, a pesar de la regulación del art. 23 de la LOPJ, en caso de presentarse determinados conflictos de jurisdicción se los resolvería, según NEIRA PENA, tomando en consideración el lugar de comisión del «*hecho delictivo*», así como la «*factibilidad y eficacia*» del procesamiento y cumplimiento de la eventual condena. En el primer caso, donde se localicen las pruebas y los efectos del delito, y en el segundo, en el lugar del patrimonio de la persona jurídica infractora, es decir, tomando en consideración el principio de territorialidad⁹⁹⁸.

En Perú, los arts. 6, 7 y 8 del Código de Procedimientos Penales, determinan la jurisdicción para procesar penalmente a los peruanos⁹⁹⁹, esto en estricto apego a los principios de tipicidad, legalidad y territorialidad. Sin embargo, no da soluciones procesales adecuadas a problemas de jurisdicción de las personas jurídicas transnacionales peruanas con filiales en el extranjero. De las normas citadas, el art. 7 establece una regla de jurisdicción territorial para juzgar en el Perú a los extranjeros que cometen fuera del territorio de ese país, un delito contra aquellos que afectan a la seguridad del Estado o de falsificación de monedas, billetes o documentos peruanos. De ahí que, de verse involucrada una persona jurídica extranjera, si tiene sucursal en el Perú, tendría de someterse a la justicia penal de ese país.

Estados Unidos, a diferencia de las regulaciones citadas, ofrece un amplio abanico de soluciones frente a los posibles problemas de jurisdicción sobre las personas jurídicas¹⁰⁰⁰, tanto en la regulación de sus jurisdicciones estatales y federales, y en los delitos federales ubicados también dentro de los *white collar crimes* –delitos de cuello blanco–, así como en la advertida Ley Sox.

En la Decimocuarta Enmienda, se puede visualizar la correspondencia que existe entre las jurisdicciones estatales y federales –en lo que tenga que ver con el respeto a los derechos

⁹⁹⁶ Algunos Estados como Francia, han buscado actuar uniformemente en ciertos espacios de unidad económica como la Unión Europea. Vid. TIEDEMANN, K., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf

⁹⁹⁷ «Responsabilidad penal...», cit., p. 123.

⁹⁹⁸ «La persona jurídica», cit., p. 97.

⁹⁹⁹ Al respecto la regulación del art. 6 del CPP del Perú, establece una cuestión que cuando personas de ese país cometan un delito fuera del territorio peruano: a) penado por su Derecho penal; y, b) penado por el Derecho penal del país en el que se perpetró, se podrá juzgar a esa persona cuando ingrese o retorne al Perú.

¹⁰⁰⁰ Vid. VILLEGAS GARCÍA, M. «Responsabilidad criminal», cit., p. 151. Esta observación se desprende a propósito de la explicación introductoria del estudio de las jurisdicciones estatales y legislación federal en los Estados Unidos que realiza la autora.

derivados del *Bill of Rights*¹⁰⁰¹—, por lo que, la separación entre legislaciones estatales y la federal no genera problemas a la hora de solucionar posibles conflictos de jurisdicción, más aún, cuando el ámbito de jurisdicción se encuentra delimitado en ese país, también en atención a ciertos delitos¹⁰⁰² reservados a la jurisdicción federal. Esto además, porque la citada Enmienda es aplicable no sólo a la persona humana sino también a la persona jurídica¹⁰⁰³. No obstante, Estados Unidos por su forma legislativa federal-estatal ha necesitado construir jurisprudencia¹⁰⁰⁴ en salvaguarda al *non bis in idem*, para los casos en los que su normativa permita procesar penalmente dos veces a una persona jurídica¹⁰⁰⁵ por un delito con rango estatal y también con rango federal conforme a la *doctrina dual sovereignty*, lo que a decir de VILLEGAS¹⁰⁰⁶, obedece por una lado a razones de política criminal y, por otro, a que ordinariamente los delitos económicos complejos son procesados en la jurisdicción federal, pues, dado su naturaleza, estos delitos involucran no solamente a un Estado sino a la nación como tal, inclusive más allá de sus fronteras; y, además, porque dado la complejidad que ellos revisten en cuanto a su investigación y persecución, los Estados de esa nación carecen de medios apropiados para dichas actividades procesales¹⁰⁰⁷.

Lo expuesto, permite en los Estados Unidos la solución de casos que involucren a una persona jurídica frente las dos jurisdicciones de un mismo Estado, pero ¿qué ocurre en los conflictos de jurisdicciones penales con una o varias entidades extranjeras, sobre todo, cuando las personas jurídicas tienen rango transnacional? Al respecto, la FCPA dentro de los ámbitos de su competencia, ofrece una alternativa a los Estados que no poseen sólidos sistemas de regulación definida en materia de jurisdicción, cuando exista conflicto de esta materia entre dos países a raíz de la comisión de uno o varios delitos, tanto en ese país y en algún país extranjero. En efecto, a través de la FCPA se permite el ejercicio de extraterritorialidad de la jurisdicción penal en determinados delitos que vinculen a empresas norteamericanas aún en el extranjero, o a empresas extranjeras que delincan en los Estados Unidos o afecten a sus intereses.

3.- Competencia penal y personas jurídicas en Ecuador

¹⁰⁰¹ Traducido al español significa la Declaración de Derechos o Carta de los Derechos que forman parte de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica.

¹⁰⁰² Alrededor de unos 3.000 delitos federales o más pueden localizarse en la actualidad dispersos en varios Códigos estatales. Vid. MARONEY, T., J., «Fifty Years of Federalization of Criminal Law: Sounding the Alarm or Crying Wolf», 50 Syracuse L. Rev. 1317 (2000), p. 1329.

¹⁰⁰³ Vid. VILLEGAS GARCÍA, M., «La Responsabilidad Criminal», cit., p. 152.

¹⁰⁰⁴ Por ejemplo en el caso *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. (1959) en el cual el Tribunal Supremo Federal confirma la dualidad de la soberanía federal-estatal.

¹⁰⁰⁵ Desde hace más de un siglo en los Estados Unidos se ha reconocido penalmente la responsabilidad de las personas jurídicas sin mayores dificultades dogmáticas, Vid. VILLEGAS GARCÍA, M., «La Responsabilidad Criminal», cit., p. 151.

¹⁰⁰⁶ Vid. VILLEGAS GARCÍA, M., «La Responsabilidad Criminal», cit., p. 152.

¹⁰⁰⁷ Vid. STRADER, K. J., *Understanding White Collar Crimes*, 3ra Ed., LexisNexis, Nueva York, 2011.

Generalmente, a la competencia penal se la suele entender como aquella capacidad que el Estado concede al órgano jurisdiccional penal para que éste administre justicia. También, se la suele entender como una distribución de los asuntos judiciales entre los órganos penales. Respecto de la competencia en Ecuador, se ha de advertir dos cuestiones a tomar en consideración a la hora de abordar esta institución en el proceso penal contra la persona jurídica. Por un lado, se ha de advertir que no existe normativa puntual o específica¹⁰⁰⁸; y por otro, que la determinación de las penas aplicables a las personas física no determina necesariamente la competencia del órgano de enjuiciamiento cuando se está procesando a una persona jurídica¹⁰⁰⁹, sino el estado del proceso y la clase de infracciones o de procedimientos. Así por ejemplo, respecto de esta segunda cuestión, por una parte, en el caso de delitos de calumnia, estupro, usurpación, lesiones que no superen los 30 días, y maltrato de animales que se persiguen mediante el ejercicio privado de la acción penal, la competencia para juzgarlos la tienen íntegramente el Juez de Garantías Penales como órgano unipersonal; mientras que en el caso de las contravenciones que se persiguen a través de procedimientos expeditos, la competencia radica en los jueces de contravenciones de la respectiva materia –véase en tránsito, penales y violencia intrafamiliar–, pero como ninguna de las infracciones y procesos penales advertidos le son atribuibles a la persona jurídica, no cabe esta determinación para efectos de establecer la competencia del órgano que la juzgará.

Por su parte, en lo que tiene que ver al estado del proceso, la competencia varía dependiendo de su cauce. Así, en la fase de investigación previa y en las etapas de instrucción fiscal y de etapa de evaluación y preparatoria de juicio (EEPJ), el juez de garantías penales es el competente, luego, en la etapa de juicio, la competencia se radica ya en el tribunal penal como órgano pluripersonal.

Sin embargo de lo indicado *supra*, la regulación ecuatoriana presenta una situación compleja en cuanto a la competencia por la clase de procedimientos directos, toda vez que, en estos procedimientos la situación de flagrancia en caso de concurrencia de procesamientos – persona jurídica y natural–, puede determinar la competencia unipersonal o pluripersonal, respectivamente, si se determina la flagrancia sólo en una clase de persona y no en la otra.

¹⁰⁰⁸ A diferencia de lo que ocurre en España, con la Ley 37 / 2011, de 10 de octubre, se incorpora en al LECrim regulación específica de la competencia en materia de RPPJ, la que está encaminada a «determinar la competencia objetiva y funcional de los jueces y tribunales cuando a una persona jurídica se le imputa», RODRÍGUEZ TIRADO, A., «La determinación de la persona jurídica investigada ¿y de los entes si personalidad jurídica? Determinación del procedimiento penal aplicable», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 129-156.

¹⁰⁰⁹ Mientras que en España, «es la pena en abstracto asociada a las imputaciones de la persona física más acusada la que determina que el órgano de enjuiciamiento sea el Juzgado de lo Penal o la Audiencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14.3 LECrim, y a ello se debe sumar analizar la materia enjuiciable para determinar el órgano material competente tanto en la instrucción como en el enjuiciamiento», VELASCO NÚÑEZ, E., «Medios de investigación y prueba en los delitos cometidos por personas jurídicas delincuentes», en AA.VV, A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 301-321.

Por lo que, se estaría frente a un conflicto de competencia no especificado por la normativa ecuatoriana, lo que representa un problema que se proyecta en dos direcciones:

Por un lado, de verificarse situaciones de flagrancia –que se analizarán infra– solamente en la persona jurídica, o a su vez, se pretenda atribuir esa flagrancia a la persona jurídica por la actuación de la persona natural, de verificarse la condición para el procedimiento directo, en estos casos la competencia se radica en el juez de garantías penales.

Por otro lado, de verificarse flagrancia solamente en la persona natural y no en la jurídica, cabe cuestionarse si la competencia de aquella arrastra a ésta o viceversa, o si por el contrario, habrá una competencia para la persona jurídica, y otra para la natural. De estas situaciones planteadas, a mi juicio, y partiendo de las permisibilidades regulatorias tanto penales (arts. 49 y 50 que proclaman independencia y autonomía de responsabilidades) cuanto procesales (arts. 402, 404 COIP, entre otros que regulan los conflictos de competencia de las personas naturales procesadas), la respuesta afirmativa a la segunda interrogante resulta más plausible.

De ahí que, por cuanto no existe regulación diferenciada y específica en materia de competencia para procesar a las personas jurídicas, corresponde analizar los conflictos de competencia conforme a lo establecido en el COIP para las personas naturales. En esa ruta, partiendo de lo que indica el art. 402, normativamente se ha de entender a la competencia como *la medida*¹⁰¹⁰ dentro de la cual de forma dividida se ejercita la potestad sancionadora o jurisdicción. Esa división determinada y revestida de legalidad en el COFJ, está distribuida en razón de las personas, el territorio, la materia, y de los grados, y en materia penal esta reglada y excepcionada conforme a lo dispuesto en el art. 404 del COIP.

Corresponde aquí, analizar las reglas que les son aplicables a las personas jurídicas, así como los posibles conflictos a los que se puede enfrentar a la hora de un proceso penal.

En efecto, el legislador ecuatoriano en el COFJ, concretamente en el art. 163, establece los lineamientos generales que debe observar el juzgador para determinar la competencia, sobre todo, en materia penal, en la que habrá de considerarse lo siguiente:

- a) Cuando exista más de un juzgador o tribunal penal competente para conocer una infracción, no cabe la excusa de alguno de ellos alegando que existe otro juez o tribunal con competencia en forma. Lo que se prevé en esta regla, es la posibilidad de

¹⁰¹⁰ Esto conforme al citado art. 156 del COFJ.

que ha pretexto de que hay más jueces o tribunales penales, cualesquiera de ellos pueda excusarse de sustanciar un proceso penal contra la persona jurídica¹⁰¹¹⁻¹⁰¹².

En esa línea de razonamiento, y dentro de la investigación previa que se siga a una persona jurídica, puede darse el caso que en razón de un mismo territorio existan, por ejemplo, cinco jueces penales con competencia listos para procesarla. En este caso, la advertencia de la citada regla del COFJ, y de no radicarse la competencia por sorteo, tendría asidero cuando exista disputa de la competencia por efectos de dos investigaciones paralelas, en las que un fiscal acuda ante un juez en casos de flagrancia, y otro fiscal acuda al día siguiente ante otro juez que no se encuentre en flagrancia por el mismo hecho y contra la misma persona jurídica. Esta solución se encuentra, además, regulada en el COIP como lo veremos más adelante.

- b) La competencia penal que haya sido fijada ya sea mediante sorteo o por prevención del conocimiento de la causa, no podrá ser alterada o modificada por lo que pueda ocurrir posterior a su fijación, excepto los casos de «*sustentación y ritualidad*» normados en leyes posteriores a la fijación de la competencia, en cuyo caso, deberá prevalecer sobre las anteriores. Es decir, que a pesar que se verifique la presencia de leyes posteriores aplicables a un proceso penal sobre cuestiones formales, la competencia radicada del juzgador penal queda intacta. Pero, cuando una ley posterior expresamente altera la competencia radicada previamente¹⁰¹³, ella misma se encargará de determinar el nuevo juzgado o el nuevo tribunal competente, y si no lo hace, corresponde esa labor al Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ) mediante la designación de jueces temporales para la continuación de la sustentación.

¹⁰¹¹ Esta regla reviste cierta importancia sobre todo cuando se trate de procesar a personas jurídica, la experiencia ecuatoriana hasta ahora es nula, lo que bien podría complicar o al menos tornar un poco complejo el panorama para el juzgador a la hora de pretender apoyarse en lineamientos prácticos o jurisprudenciales, lo que podría ocasionar que ciertos jueces inexpertos quizás en la materia, pretendan evadir el trámite de esta clase de procesos mediante la figura de la excusa, a pretexto de que hay otros jueces penales con competencia.

¹⁰¹² Sin embargo, esta aclaración regulatoria del COFJ es innecesaria, ya que el art. 572 del propio COIP, establece 12 causales de excusa y dentro de ellas no consta el hecho de que cuando exista más de un juez o tribunal penal para conocer una infracción penal sea causa de excusa de uno de ellos; además el propio COFJ establece en esos casos el mecanismo de sorteo a fin de que cuando hay varios jueces o tribunales penales, la competencia se radique en uno de ellos. No obstante, podría deducirse que aquella aclaratoria del COFJ tiene sentido introductorio y cobra importancia cuando a renglón seguido, establece la exclusión por prevención en el conocimiento de la causa, en cuyo caso, le asigna la competencia al juez o tribunal penal que primero asuma conocimiento del proceso en exclusión de los demás.

¹⁰¹³ Como cuando por ejemplo, la ley posterior suprime un juzgado que se encontraba tramitando un proceso penal a una persona jurídica.

3.1.- La competencia del juzgador para procesar a las personas jurídicas

El art. 404 presenta reglas claras para determinar la competencia del juzgador penal para procesar a personas naturales, algunas de las cuales pueden perfectamente ser aplicables a las personas jurídicas. En efecto, las reglas 1, 2 y 5 permiten sin inconvenientes establecer la competencia del juzgador que debe procesar –en esas circunstancias– a las personas jurídicas. Luego, en los casos de la regla 3, ya sea cuando no se pueda determinar el lugar de la comisión de la infracción, o bien cuando se la ha cometido en varios lugares, de las tres sub reglas que solucionan estas situaciones, únicamente le es aplicable aquella que otorga competencia al juez del lugar del domicilio de la persona jurídica. Para los casos en que una persona jurídica se encuentre en los casos de la regla 3, ha de optarse por la competencia del juez o tribunal del domicilio principal con las advertencias del numeral 4¹⁰¹⁴.

Como se puede observar, la regla 4 del art. 404 del COIP prevé dos eventos, de los cuales, el primero no representa problema alguno ya que se refiere al descubrimiento del lugar donde se cometió la infracción, en cuyo caso, lo actuado por el juzgador del domicilio de la persona jurídica, pasaría al juez o tribunal del lugar descubierto de la infracción; el segundo evento se refiere a la aprehensión de la persona natural una vez iniciado el proceso y por ende radicada ya la competencia del juzgador. Así, puede ocurrir que una persona jurídica este siendo procesada en un lugar determinado sin la concurrencia de la persona natural que cometió el hecho de referencia, y luego, ésta sea aprehendida en un lugar distinto, en este caso de aplicarse esta regla, seguirá manteniendo la competencia el juzgador o tribunal que está procesando a la persona jurídica y la regla no presenta problemas.

En las otras reglas del art. 404 del COIP, el análisis permite establecer tres hipótesis: por un lado, estas reglas de competencia son incompatibles con el proceso de la persona jurídica, por cuanto se trata de reglas destinadas únicamente a personas naturales; por otro lado, en la medida que se admita un proceso penal vicarial, ha de entenderse que también les son aplicables a las personas jurídicas cuando la persona natural se vea involucrada en esos hechos; y, finalmente, existe la posibilidad de que sí les sean aplicables a las personas jurídicas de forma independiente –con la excepción del numeral 11 que se refiere a casos de delitos no atribuibles–, cuando por ejemplo, el delito sea entre una persona jurídica bajo lo indicado en el art. 49 y una natural fuera de su seno que goce de fuero.

De todas formas, pese al análisis de compatibilidad o incompatibilidad regulatoria realizado para establecer las posibles competencias de los jueces y tribunales penales a la hora de procesar y juzgar a una persona jurídica, el panorama se presenta oscuro y hasta confuso,

¹⁰¹⁴ Esta regla se encuentra descrita en el art. 404.4 del COIP.

por lo que, *de lege ferenda* se requiere que se adopten un par de reglas específicas que permitan clarificar los casos tanto de la regla tercera y cuarta, cuanto de las sexta y siguientes.

4.- La acción penal contra la persona jurídica

4.1. El ejercicio privado de la acción penal y la persona jurídica

Aunque el legislador no los haya incorporado el dentro del catálogo de delitos, la usurpación, la calumnia y las lesiones, bien pueden cometerse en el seno de una persona jurídica por cualquiera de las personas indicadas en el art. 49 y en beneficio de aquélla. En el primer caso, el beneficio para la persona jurídica está latente, toda vez que se trata de un tipo penal que precautela bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos, por lo que, se trata de una conducta que reúne las características para ser atribuible a una persona jurídica; la calumnia, bien podría ser empleada por una persona jurídica para su beneficio cuando por ejemplo, emplee campañas para difamar a otra u otras que le hagan competencia; y, respecto de las lesiones, éstas bien pueden suscitarse en el interior de una organización defectuosa, la que para ahorrar costos, por ejemplo, inobserve instructivos, reglas o medidas de seguridad. Sin embargo, hasta cierto punto tiene sentido la voluntad omisiva del legislador en estos delitos, toda vez que, de no ser así, se dejaría en manos o al arbitrio de particulares la prosecución de querellas contra colectivos empresariales, generando por una parte, sensaciones encontradas de injusticia en la parte ofendida por el ilícito cuando ésta en su calidad de querellante no disponga de los recursos privados suficientes para afrontar un juicio penal contra una corporación; y, por otro lado, en la persona jurídica querellada, los consecuentes perjuicios que puedan causar a su reputación al verse involucradas en acciones del ejercicio penal privado por delitos considerados de menor gravedad.

Un dato curioso constituye la incorporación tácita mediante reforma, de la RPPJ para los delitos contra los animales que forman parte de la fauna urbana regulados en la Sección 2ª del Capítulo IV del COIP. Estos delitos se persiguen conforme al ejercicio privado de la acción penal. De ahí que, se puede afirmar que desde junio del año 2020 en Ecuador las empresas irán «*al banquillo*» por delitos de acción privada contra animales que forman parte de la fauna urbana.

En efecto, con la entrada en vigencia de las reformas al COIP¹⁰¹⁵, el ámbito de la RPPJ ha dado asilo a tres nuevos y muy peculiares huéspedes¹⁰¹⁶ al catálogo *numerus clausus*. Se trata de los delitos de abuso sexual a animales con resultado de muerte (art. 250), la muerte de animales resultado de actos de crueldad (art. 250.1) y, las peleas o combates entre perros u otros animales de la fauna urbana con resultado de muerte (art. 251.2). Estos delitos aunque se persigan bajo el ejercicio de la acción penal privada, bien pueden encajar en el sistema de RPPJ¹⁰¹⁷. Sin embargo, el problema no creo que radique, en que si es posible o no su comisión para beneficio de la persona jurídica, sino en la naturaleza del procedimiento en el que sustanciarán estos delitos.

En efecto, la Sección 2ª incorporada mediante la citada reforma, en su enunciado indica que estos delitos se corresponden al ejercicio privado de la acción penal. Esto a la postre, puede repercutir en dos situaciones complejas: a) la dificultad del particular para probar la responsabilidad de la empresa; y b) graves problemas reputacionales de las empresas con las consecuentes implicaciones económicas negativas (al verse sometidas al enjuiciamiento privado de personas particulares, que quizás, hasta en ocasiones, pueden ser utilizadas por otra empresa para desacreditarlas competencialmente).

De otro lado, y ya en materia de las sanciones a la empresa por la comisión de delitos contra los animales de la fauna urbana, debido a que en los primeros tres delitos las penas de privación de libertad para las personas naturales van de uno a tres años, las penas para las personas jurídicas conforme al art. 258.1 son: multa de cien a trescientos SBU, clausura temporal, comiso. Como se puede observar, luego de la multa, se trata de penas interdictivas sumamente graves y perjudiciales para la entidad. Pienso yo, que el legislador equivocó el camino con una reforma incompleta, ya que las penas señaladas en el art. 258, desde antes de la reforma ya existían para los otros delitos del Capítulo IV, donde fue insertada la Sección

¹⁰¹⁵ Reformas introducidas en la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, en el R. O.107, 24-diciembre - 2019.

¹⁰¹⁶ Aunque en principio pudieran parecer risibles, son delitos que bien pueden cometerse por parte de las personas naturales indicadas en el art. 49 para beneficio de la PJ activando respecto de esta, el sistema de RPPJ.

¹⁰¹⁷ Así, por ejemplo, en una empresa de hotelería y turismo defectuosamente organizada, alguno de sus trabajadores o empleados puede proporcionar algún animal de compañía de la «*fauna urbana*» para ser abusado sexualmente por algún huésped a cambio de un beneficio económico personal, y producto de ese abuso se cause la muerte al animal. En este caso, de todas formas, la empresa recibirá un beneficio residual o indirecto, en el sentido que el huésped se ha hospedado, ha consumido la estadía y puede que hasta quizás sea cliente frecuente o recomiende el hospedaje a otras personas con similares preferencias (al final el hospedaje le va a implicar un beneficio indirecto). O puede que ciertas empresas hoteleras o de alguna otra naturaleza similar, se dediquen clandestinamente a realizar torneos de peleas de perros u otros animales de la «*fauna urbana*» al punto de causarles la muerte. O puede suceder que una empresa Circo u otra similar, de forma clandestina tenga esta clase de animales encerrados en condiciones precarias que impliquen actos de crueldad y producto de ello les cause la muerte; o la muerte de animales sometidos a actos de crueldad para efectos de comercializar su piel o alguna sustancia con propiedades exóticas. En todos estos casos, si se quiere responsabilizar penalmente a la empresa, deberán acreditarse los requisitos formales y los presupuestos materiales del art. 49.

que introduce los delitos contra los animales de la fauna urbana. Por ello, *de lege ferenda*, esta situación merece una nueva intervención legislativa.

4.2.- El ejercicio público de la acción penal contra la persona jurídica

Al igual que respecto de la persona natural, la persona jurídica se encuentra sujeta a las reglas del ejercicio público de la acción penal, de ahí que, el análisis y la reflexión han de centrarse en lo que a ésta le sea procedente. En este sentido, se parte del estudio de la extinción penal para luego desembocar en asuntos que están generando debate entre la doctrina especializada.

4.3.- Persona jurídica y extinción de la acción penal

Tres de las cinco formas de extinción de la acción penal, en principio, resultan improcedentes para aplicarlas respecto de personas jurídicas procesadas. Se trata de los casos de amnistía –reservada para los casos de penas privativas de libertad–, de muerte del procesado, así como la remisión, desistimiento o transacción en los delitos del ejercicio privado de la acción penal –excepto en los delitos contra los animales que forman parte de la fauna urbana–. Le quedan, por ende, a la persona jurídica para pretender extinguir la acción penal, la prescripción y el cumplimiento de los acuerdos conciliatorios, así como la remisión en los casos de delitos contra los animales de la fauna urbana (art. 416 COIP), que se persiguen bajo el ejercicio privado de la acción penal.

4.3.1.- La prescripción de la acción penal de la persona jurídica

Respecto de esta forma de extinguir la acción penal¹⁰¹⁸ en los delitos de acción pública, se ha de diferenciar si se ha iniciado o no proceso penal. En el primer caso, la acción penal para perseguir la comisión de un delito atribuible a la persona jurídica, prescribirá en el tiempo máximo de la pena prevista en el tipo contados desde la fecha de inicio del proceso, es decir, desde que se inicia la instrucción fiscal. En el segundo caso, la prescripción opera en el mismo plazo que el anterior, pero, esta vez contados desde la fecha de la comisión del delito.

¹⁰¹⁸ A decir de VACA ANDRADE, R., «Derecho Procesal Penal», cit. p. 389, se trata de un caso de prescripción extintiva que imposibilita que la acción penal cumpla sus objetivos.

Al parecer, no existiría incompatibilidad al momento de aplicar las reglas de la prescripción de la acción de los arts. 417 y 418 a las personas jurídicas, así como las de su interrupción. No obstante, es necesario reflexionar cuestiones que pudieran resultar discutibles, en lo que respecta a la advertida fórmula de prescripción basada en el quantum de la pena pensada para la persona natural. De ahí que, en el caso de la persona jurídica procesada, se pueden presentar dos situaciones a dilucidar: por un lado, que dichos plazos quedarán supeditados a la actuación de la persona que ha generado el hecho de referencia que ha dado lugar al delito corporativo, es decir que, será la actuación de la persona natural que ha delinuido para beneficio de la persona jurídica, la que va a hacer depender la prescripción de la RPPJ sin advertir sus propias peculiaridades. Por otro lado, que los plazos para la prescripción de la acción penal a favor de la persona jurídica se supediten únicamente a la verificación del hecho de referencia, es decir, desde que se verifique la existencia de un delito atribuible. Este segundo caso aunque resulte consecuente con la pretensión autonómica de procesamientos, sin embargo, puede generar incertidumbre, cuando por ejemplo, se pretenda alegar y probar que fue en determinada fecha y no en otra que se verificó una infracción; además de las complicaciones en materia del ejercicio de la acción penal por delitos atribuibles de infracción del deber y de peligro abstracto. De todas formas, pienso yo, que al igual que para los casos de la prescripción de la acción a favor de las personas naturales, será la alegación y la prueba en derecho, la que permita al juzgador declararla o no en favor de la persona jurídica. Esta segunda opción, a todas luces resulta más garantista, en la medida que no se pretende hacer depender o condicionar el tiempo de la prescripción de la acción, a la situación personal de la persona natural.

Por otro lado, en la práctica pueden presentarse casos en los que se inicie el proceso contra la persona jurídica, y luego se descubra la participación de la persona natural a quien se la vincule, y respecto de la cual se pretenda la prescripción; o a su vez, puede que primero se procese a la persona natural y luego se vincule a la jurídica. Las situaciones advertidas, son dos momentos diferentes que han de considerarse para efectos de contabilizar los plazos de la prescripción cuando se ha iniciado proceso penal contra una persona jurídica.

Al hilo de lo advertido, las reglas de la independencia de responsabilidad del art. 49 cuanto de la concurrencia del art. 50, le obliga al juez a darle trato procesal también independiente, es decir, aplicar las reglas de la prescripción del art. 417 en estricto apego a los hechos por los que en calidad de persona jurídica se procesa a la entidad. De ahí que, en los supuestos advertidos, habrá necesariamente que realizarse una doble computación del plazo, uno para la persona natural y otro independiente para la persona jurídica, más aún, cuando respecto

de la prescripción y su interrupción, el art. 420 del COIP exige su aplicación *separadamente para cada uno de sus partícipes*.

Por otro lado, los casos de delitos en los que no se ha iniciado procedimiento, el hecho de referencia cometido por la persona natural, será el que marque el inicio de los plazos para que opere la prescripción tanto para la persona natural cuanto para la jurídica.

4.4.- La persona jurídica y el titular de la acción penal

En el art. 411 del COIP, el Estado ecuatoriano le ha otorgado a la fiscalía la titularidad de la acción penal pública, por lo tanto, en esa misma potestad esta entidad podrá no ejercitarla cuando «*se pueda aplicar el principio de oportunidad*». En este sentido, una de las principales instituciones vinculadas al ejercicio público de la acción penal lo constituye el principio de oportunidad reglado, como una posibilidad para no iniciar o para dejar de proseguir la acción penal en determinados casos.

Luego, en el análisis de posibilidades respecto de su aplicación a la persona jurídica, corresponde abordar la siguiente interrogante ¿cabe la aplicación del principio de oportunidad también a la persona jurídica sujeto pasivo del proceso penal? Esta interrogante, indudablemente, abre un abanico de ideas que se apuntan en dos direcciones. Por una parte, respecto de la procedencia reglada textualmente en el art. 412 del COIP, en el sentido que de concurrir los requisitos exigidos en el numeral 1, resulte procedente la aplicación del principio a favor también de la persona jurídica, y además, respecto de la consideración o no del *criminal compliance* dentro de la aplicación en favor de las entidades; y, por otra parte, si por el contrario, simplemente resulta improcedente la aplicación de este principio a la persona jurídica.

Para efectos de dilucidar las cuestiones planteadas, a continuación se analiza el principio de oportunidad en Ecuador.

4.4.1.- El principio de oportunidad en Ecuador

Partiendo de la advertencia de la observancia del principio de legalidad para efectos asumir una definición del principio de oportunidad¹⁰¹⁹, se ha de indicar que este principio conforme al

¹⁰¹⁹ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Legalidad -versus- oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios Públicos», *Primeras jornadas del Derecho Judicial*, Edit. Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1983.

COIP, se erige sobre la facultad potestativa del fiscal, a cuyo favor se erige la titularidad de la acción penal. De ahí que, a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano, este principio ha de ser entendido como «*la abstención o el desistimiento discrecional del ejercicio de la acción penal por parte de la fiscalía, en los casos que expresamente lo regula la ley penal*», ello, por razones de política criminal¹⁰²⁰.

Como se puede notar, la definición ensayada a propósito de la regulación del art. 412, contiene elementos o características comunes del principio, inclusive con alcances extranjeros^{1021_1022}, precautelando, además, la duda respecto de su conflicto con el advertido principio de legalidad¹⁰²³.

Ecuador tiene una experiencia relativamente consolidada del principio de oportunidad¹⁰²⁴ en la vertiente reglada¹⁰²⁵. La CRE de 2008 en el art. 195, al establecer el rol de la fiscalía, por una parte, le asigna la dirección de las investigaciones pre procesal y procesal penal. Luego, por otra parte le advierte que debe ejercitar la acción penal pública respetando *los principios de oportunidad y mínima intervención penal*. Ahora bien, ese mandato supremo en la praxis puede presentar dos situaciones, cada una de las cuales, ofrecen sus respectivos matices.

La primera cuestión se advierte respecto a si la fiscalía en la dirección pre procesal o fase previa del proceso, puede aplicar el principio de oportunidad. Mientras que la segunda cuestión, radica en que, si dado que la propia CRE exige que sea durante el proceso en donde se debe observar el citado principio, entonces ¿se puede aplicar la oportunidad únicamente a raíz del inicio de la etapa de instrucción fiscal? Al respecto, ha sido la ley de la materia, esto es el COIP, quien posteriormente ha zanjado esta cuestión, al regularlo en los arts. 412 y 313. Aquí, por ahora, se deja centrada la idea de que su aplicación a la luz del art. 412, procede tanto en la fase de investigación previa pre procesal cuanto en la procesal propiamente dicha.

¹⁰²⁰ De este parecer también es PEÑA CABRERA FREYRE, A., *Estudios de Derecho procesal penal*, Tribuna Jurídica S.A.C., Lima, 2018.

¹⁰²¹ Así, en un análisis comparativo de este principio, se puede observar que en el Derecho alemán procede en delitos de acción privada, lo que de alguna manera resulta lógico. Pero también procede en los donde exista un interés contrapuesto al de la persecución penal y de mayor peso que éste, Vid. ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Promociones y publicaciones universitarias (PPU), Barcelona, 1991.

¹⁰²² En un análisis de procedimiento se puede verificar también los elementos comunes de la definición indicada, cuando por ejemplo, se sostiene que es potestad de la fiscalía; que en base a este principio el Fiscal podrá archivar las actuaciones; que procede en los delitos de escasa importancia; y, que se trate de tipos penales de escasa relevancia o de pequeña criminalidad. Siempre eso sí, que concurren dos requisitos: baja culpabilidad y falta de interés público para perseguirlos, Vid. MARTÍN DELPÓN, J., «Principio de Oportunidad: Análisis de derecho comparado», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2011, pp. 187-206.

¹⁰²³ En Ecuador también se advierte la inquietud de una posible alteración del principio de legalidad a propósito de la aplicación del de oportunidad, Vid. VALLEJO TORRES, W., *El principio de oportunidad como fuente de restauración del Derecho penal. Teórico práctico*, 1ª ed., Editorial Jurídica L y L, Guayaquil, 2014.

¹⁰²⁴ Ya a partir de la reforma del Código de Procedimiento Penal de 2000 (CPP) se cuenta con el antecedente normativo en los artículos tercero y cuarto innumerados a partir del art. 39.

¹⁰²⁵ Tanto en el anterior CPP, el principio de oportunidad ya asoma como en reglado en el tercer art. innumerado a continuación del art. 39.

4.4.2.- Principio de oportunidad, persona jurídica y *criminal compliance*

Advertidos los dos momentos en los que se podría aplicar el principio de oportunidad corresponde centrar la atención en la regulación actual, de cara a matizar algunas cuestiones que permitan o no, por una parte, la posibilidad de la aplicación del principio de oportunidad a favor de la persona jurídica; y, por otra, por la *apuesta* de regulación, que bajo parámetros del principio de oportunidad, se considere al *criminal compliance*¹⁰²⁶ ya sea en la fase pre procesal o procesal a la hora del enjuiciamiento de la persona jurídica conforme al COIP.

En el segundo caso, ha de partirse advirtiendo que la actual regulación de este principio no da margen a la acreditación del *criminal compliance*, sin embargo, habrá que considerar las siguientes posibilidades a partir de la concepción legal del art. 412 del COIP, que de entrada señala que los fiscales pueden «*abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada*», dando de esta manera dos claras posibilidades.

La primera cuestión regulatoria advertida en la citada regla, implica el no inicio de una investigación penal, y que consiste en ese «*momento*» en que el fiscal dotado de esa facultad discrecional otorgada por el legislador, realiza una verificación objetiva de las condiciones que a continuación exige la regulación¹⁰²⁷ para decidir si inicia o no una investigación penal. En este caso, de todas formas el fiscal debe realizar un esfuerzo o actividad pre investigativa. Ahora bien, la interrogante que interesa para los efectos de este trabajo, versa respecto de si se podría verificar la eficacia del *criminal compliance* en este momento pre procesal. A todas luces, este cuestionamiento sugiere a su vez, una doble consideración. Por un lado, hay que plantearse el beneficio que en este caso le reportará a la persona jurídica en cuanto a su coste reputacional, el haber tenido incorporado y funcionando eficientemente un *criminal compliance*. Por otro lado, le correspondería a la fiscalía realizar ese análisis o verificación de la eficacia del *compliance*, lo que de por sí resultaría complejo, sobre todo en las corporaciones de gran tamaño, lo que obligaría a este órgano acusador a contar con personal auxiliar especializado (peritos) en la materia. Sin embargo, a pesar de los costes que esta última opción reporte para el Estado, es una posibilidad realizable.

La segunda posibilidad regulatoria implica que una vez que ha iniciado la investigación, en ejercicio de esa facultad de desistir de ella, el fiscal pueda hacerlo a favor de la persona jurídica investigada, cuando se verifique que ésta tiene en función un *compliance* bajo los parámetros exigidos. En esta ocasión, quizás el coste reputacional sea un poco mayor que el caso anterior e inclusive irá aumentado en la medida que la investigación avance, ya que una

¹⁰²⁶ Respecto de esta posibilidad, véase GIMENO BEVIÁ, J., «Apuesta por el principio de oportunidad y los programas de *compliance* en el proceso penal de la persona jurídica», *Diario La Ley*, núm. 8437, 2014.

¹⁰²⁷ De ellas, conforme a como está regulado actualmente solamente la del numeral 1 sería procedente a la persona jurídica, esto es, cuando el delito sea sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años.

cosa sería admitirlo en los primeros momentos investigativos –investigación previa, formulación de cargos–, y otra al concluir la investigación –Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio– al cabo meses o años. Sin embargo, de todas formas, sigue siendo una opción procedimental en beneficio de la entidad.

Por ahora, y continuando con el análisis normativo del principio de oportunidad reglado, solamente hay dos causales para su procedencia en los dos momentos antes indicados: a) Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años «*excepto en delitos que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado*»; y b) en los casos de infracciones «*culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal*».

Como se puede apreciar, el primer condicionamiento refiere a penas privativas de libertad, y en la medida que éstas penas no son aplicables a las personas jurídicas se tornaría improcedente la aplicación de este principio a las personas jurídicas; por su parte, la segunda posibilidad –por obvias razones– dejaría al margen de su aplicación a la persona jurídica, pues, está direccionada a la persona natural.

Por otro lado, respecto de la posibilidad de su aplicación a favor de la persona jurídica sin necesidad del *compliance*, por los mismos argumentos legales esgrimidos *supra*, se dejará sentada su improcedencia –aunque no expresa–¹⁰²⁸actual a favor de las entidades¹⁰²⁹.

Así el panorama, la situación procesal de la persona jurídica comienza a presentar desde estos momentos serios cuestionamientos discriminatorios, sobre todo, cuando por ejemplo, por la imposibilidad regulatoria en un procesamiento contra una persona jurídica, solamente la persona natural de su seno pueda acogerse a los beneficios de este principio mientras que la jurídica no. De ahí que, cobra importancia la *apuesta* por el principio de oportunidad trabajada por GIMENO BEVIÁ¹⁰³⁰, pero matizada al caso ecuatoriano¹⁰³¹.

Finalmente, se ha de dejar planteada la necesidad de la regulación expresa del principio de oportunidad con *compliance* o no, a favor también de la persona jurídica imputada penalmente, en aras a evitar por un lado, afectación a su reputación y daños colaterales respecto de terceros que se verían afectados con su procesamiento, esto siempre como resalta NEIRA PENA que la entidad «*hayan implementado o se comprometan a implementar*

¹⁰²⁸ Al contrario de Ecuador, en Chile, el art. 24 de la Ley Núm. 20939 advierte expresamente la improcedencia de aplicabilidad de este principio.

¹⁰²⁹ Idéntica situación se aprecia por ejemplo, en el Perú, sobre esta advertencia véase: REYNA ALFARO, L., *La defensa penal de la persona jurídica*, Idemsa, Lima, 2019.

¹⁰³⁰ «Apuesta por el principio», cit., en este trabajo del autor se encuentra una argumentación conforme al derecho español de cara a esta posibilidad.

¹⁰³¹ En momentos que se elabora este trabajo, se debate en la Asamblea Nacional del Ecuador un Proyecto de Reformas al COIP, en el que, pese a que se aborda la posibilidad de los programas de cumplimiento, sin embargo, no se lo contempla como posibilidad dentro del principio de oportunidad.

un programa de organización adecuado para prevenir las conductas delictivas»¹⁰³², con las respectivas advertencias de que conforme la regulación ecuatoriana, no se trate de determinados delitos¹⁰³³. Luego, la actual regulación no permite que la víctima sea reparada de forma directa como también sugiere la autora, sin embargo, el art. 423 contempla la posibilidad de acudir a la vía civil para efecto de hacer factible su reparación.

4.5.- La denuncia como forma de iniciar la acción penal del ejercicio público

Una forma de iniciar la acción penal del ejercicio público es mediante denuncia. Las denuncias podrán presentarse por toda persona a la que la ley faculta o exige como deber, esto último conforme al art. 422 del COIP¹⁰³⁴.

En materia de RPPJ, por ahora, tanto la potestad (art. 421 COIP) cuanto la obligatoriedad de denunciar (art. 422 COIP), va a depender de la clase de delitos atribuibles. Así conforme al art. 421, cualquier persona puede presentar una denuncia contra la persona jurídica por cualquier clase de delito de aquellos del catálogo *numerus clausus*. Luego, conforme al art. 422, la obligatoriedad va a depender del ejercicio de funciones de los obligados a denunciar; así por ejemplo, los servidores públicos están obligados a denunciar delitos de cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo.

Por otro lado, de admitirse la posibilidad probatoria de alguna actividad *compliance* como exigente, se deberá abordar el necesario debate respecto del sistema de denuncias anónimas que pueden contemplar los denominados *whistleblowers*. Sin embargo, es necesario aclarar que por ahora, ante la falta de regulación expresa del *compliance* como exigente, aquí no se analizará la cuestión del anonimato en los canales de denuncias – mecanismo necesario para correcto funcionamiento del *compliance*–¹⁰³⁵, sino más bien, se centrará la atención en las denuncias que el responsable de una persona jurídica haga llegar al órgano encargado de la titularidad de la acción penal (fiscalía).

En esta misma línea de ideas, cabe la reflexión en el sentido de que si las denuncias anónimas que pueden presentarse en una actividad *compliance* como los canales de denuncias, deben servir para ser tramitadas en una acción penal pública contra la persona

¹⁰³² *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

¹⁰³³ Como los de graves violaciones a los derechos humanos, contra el derecho internacional humanitario, delincuencia organizada, trata de personas, tráfico de migrantes, ente otros.

¹⁰³⁴ Conforme al art. 422 están en el deber u obligación de denunciar, el servidor público que, en el ejercicio de sus funciones, conozca de algún delito contra la eficiencia de la administración pública; los profesionales de la salud de establecimientos públicos o privados, los directores, profesores, entre personas responsables de centros de educación, por delitos cometidos en esas instituciones.

¹⁰³⁵ toda vez que en el caso de las denuncias internas, la efectividad del *compliance* va a depender, precisamente, de los anonimatos a la hora de denunciar.

jurídica. Y es que, es aquí donde se torna complicada la situación en sistemas procesales acusatorios de tinte continental¹⁰³⁶. Sin embargo, en sistemas adversariales como al que aspira el proceso penal ecuatoriano en la Exposición de Motivos del COIP, y sin proscripción expresa del anonimato, éste no encontraría mayores reparos a la hora de transmitir denuncias anónimas a la fiscalía para el inicio de una investigación, más aún, cuando conforme al art. 427, los escritos anónimos que no provean evidencias o datos concretos para las investigaciones serán archivados. Es decir, si se trata de escritos anónimos que sí le suministren evidencias o datos concretos al fiscal para el desarrollo de sus investigaciones, son viables las denuncias anónimas y, por ende, perfectamente compatibles con el sistema de anonimato del *whistleblowers* del *compliance*.

5.- Independencia de responsabilidad y procesamiento penal de la persona jurídica

El art. 49 del COIP proclama la denominada *responsabilidad penal independiente* de las personas jurídicas, generando con ello un debate hasta ahora no abordado por la doctrina ni por la jurisprudencia local. La referida *responsabilidad independiente* tiene connotaciones cada vez más complejas, a medida que avanza el proceso penal contra la persona jurídica, como se verá más adelante. Por ahora, corresponde plantear una primera discusión respecto de si solamente se trata de una responsabilidad penal independiente sustantiva, o si por el contrario, dicho postulado conlleva también independencia o autonomía procedimental.

El primer caso advertido, parece ser el asumido por la FGE ecuatoriana en la *Guía para Actuaciones del Fiscal dentro del Código Orgánico Integral Penal*, cuando al esquematizar la sentencia en el apartado de la deliberación judicial, señala que cuando exista RPPJ se hará constar su respectiva pena¹⁰³⁷, lo que sumado al contexto del documento respecto de las únicas menciones que se hacen de la persona jurídica en cuanto a su enumeración de los arts. 49 y 50 (pág. 16) y la advertencia de que existen medidas cautelares para éstas (pág. 39), denotan la posibilidad sugerida de independencia únicamente de responsabilidad sustantiva.

El segundo caso, no advertido todavía por la doctrina ni por la jurisprudencia ni por la propia fiscalía, proclama la necesidad de un tratamiento procesal o de juzgamiento independiente a la persona jurídica respecto de aquel de la persona natural que delinque para beneficio de

¹⁰³⁶ Como el español por ejemplo. En este sentido, se afirma que el «*anonimato, resultaría contrario, ya en su coonestación con el Derecho positivo y sistema jurídico español con la proscripción de las denuncias anónimas (arts. 265, 266, 267 y 268 LECrim)*», LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «La responsabilidad penal», cit., p. 85.

¹⁰³⁷ Dirección de la Escuela de Fiscales de la Fiscalía General del Estado, *Guía para Actuaciones del Fiscal dentro del Código Orgánico Integral*, Quito, 2014, disponible en: <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/escuela-fiscales/GUIA-COIP.pdf>

aquella, sea que a las dos personas se las procese conjuntamente, sea que primero a una luego a la otra como en los casos de vinculación (art. 593 COIP). En fin, lo que se plantearía con esta posibilidad, es que se garantice los derechos procesales de cada clase de persona y no se asuma que por ausencia normativa se imposibilite el ejercicio de determinados derechos y garantías procesales de la jurídica.

Las cuestiones planteadas tienen, a su vez, implicaciones directas en la necesidad de la continuación o no de un procesamiento en los casos que no se pueda determinar a la persona natural generadora del hecho de referencia. Así, por un lado, de optarse únicamente por la independencia sustantiva de responsabilidad, ésta únicamente se la plasmaría de forma individualizada en la sentencia sin necesidad, por ende, de garantizarse un proceso penal autónomo o independiente contra la persona jurídica vinculada, dando a entender que solamente en la medida que se procese penalmente a una o más de sus personas naturales bajo los términos de los arts. 49 y 50, se les considere persona procesada y se les garantice sus derechos (art. 440), se les imponga medidas cautelares (art. 550) y, se individualice su pena en sentencia (art. 622.7), sería suficiente para que quede garantizada esa responsabilidad penal independiente. Lo esgrimido, permite sostener *a priori*, que se estaría frente a una responsabilidad penal de tipo vicarial con ciertos visos de independencia, lo que conllevaría a asumir que el procesamiento contra la persona natural –de aquellas indicadas en el art. 49– es suficiente, para luego en sentencia individualizar la pena de la persona jurídica. Esta posibilidad dentro de la esfera de un procedimiento penal de la persona jurídica puede tener connotaciones directas sobre el inicio, la prosecución o continuación de su procesamiento penal, toda vez que, sin la determinación de la persona natural que genera el hecho de referencia, no se podría avanzar en su procesamiento penal por la advertida responsabilidad vicaria.

Por su parte, en el caso de asumirse la independencia no solamente de responsabilidades sino también procedimental, bastaría que la fiscalía presente elementos de convicción o indicios de cargo necesarios contra la persona jurídica, independientemente de si se ha determinado a la persona natural que ha cometido la infracción. Se trata, por ende, de un procesamiento autónomo propio para la persona jurídica. Esta idea conllevaría a la afirmación de que se procesa a la propia persona jurídica haber permitido la realización de un delito en el seno de su organización defectuosa.

Al hilo de lo indicado, surge el cuestionamiento respecto de la imputación incompleta¹⁰³⁸, en el sentido de que no se verificaría todos los presupuestos del art. 49 respecto de la condición

¹⁰³⁸ Esto en la medida que se asuma al cometimiento del delito por parte de la persona natural, únicamente como el hecho de referencia para procesar a la persona jurídica.

de personas naturales vinculadas a la jurídica. Con otras palabras, se trataría de una asunción de responsabilidad luego de un procedimiento penal en el que se pruebe la incapacidad de la persona jurídica para organizarse, dando como resultado la verificación de un delito atribuible, aunque sin identificar a la persona natural que lo ha generado. Ante esta posibilidad y respecto de su influencia en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, se puede afirmar por ahora, que el juez de garantías penales puede llamar a juicio a la persona jurídica pese a que no se haya determinado a la persona natural que ha cometido el delito por el que se la está procesando.

Esta solución ofrecida, bajo argumentos de la autonomía de responsabilidades y de autonomía de derechos referida a las imputaciones, en el caso ecuatoriano no ofrecería inconveniente alguno, al menos no hasta esta etapa de evaluación; toda vez que, precisamente, la llamada responsabilidad autónoma a la que se refiere el art. 49, así como la necesidad de prosecución procesal, exigen que se persiga penalmente a una persona jurídica con independencia de la natural, pero esto únicamente para efectos de inicio de las investigaciones e instrucción, inclusive hasta la presentación del dictamen acusatorio. Luego, le corresponderá al juzgador la valoración de si llama o no a juicio a una persona jurídica sin que en el proceso esté determinada la persona natural, esto en ejercicio de su labor garantista. Es aquí donde se va tornando complejo el panorama, en el sentido de que se posibilitaría juzgar a la persona jurídica en la última etapa sin que se haya previamente acreditado o identificado a la persona natural. Algunas cuestiones de esta última advertencia se irán reflexionando *infra*.

No obstante de lo indicado, y en aras dar respuesta a la interrogante planteada al inicio de este tema, se puede asumir que el sistema procesal penal ecuatoriano al ser garantista de derechos, con la importante advertencia del art. 440 del COIP, viabiliza no sólo la independencia sustantiva de responsabilidades, sino también la autonomía procedimental, en el sentido de que por un lado, las entidades pueden ser consideradas personas procesadas de forma independiente de las naturales, y por otro, que respecto de aquéllas se garantiza la potestad de ejercer todos los derechos constitucionales, convencionales y legales.

6.- Procedimientos especiales y persona jurídica

Los procedimientos especiales en Ecuador son: abreviado, directo, y los expeditos. De estos procedimientos, el expedito¹⁰³⁹ no le es aplicable a las personas jurídicas¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁹ A través de los procedimientos expeditos se juzgan, solamente, las contravenciones penales, de tránsito y contra miembros del grupo familiar, y respecto de la participación de la persona jurídica como sujeto pasivo en esta clase de procedimientos, de una revisión sistemática a las infracciones atribuibles, se puede concluir que no le es aplicable.

¹⁰⁴⁰ Esto a pesar de que el Capítulo Cuarto del Título IV del Libro I, en la Sección Primera contenga un Parágrafo que regula dos contravenciones (arts. 249 y 250), y luego, más adelante, la Sección Cuarta en sus Disposiciones Comunes –el art. 458–

6.1.- El procedimiento abreviado contra la persona jurídica

Esta clase de procedimiento procede en aquellos delitos que no superen los 10 años de pena máxima de privación de libertad. Respecto de la participación de la persona jurídica como procesada en esa clase de procedimiento, en principio, el numeral 1 del art. 635 al emplear la fórmula de procedencia «*las infracciones sancionadas con pena máxima privativa de libertad*», las deja fuera de esta posibilidad procedimental y negociadora, por el simple hecho de que no se les aplique penas de prisión. Empero, a la luz de un procedimiento vicario, se abriría la posibilidad de aplicación también a la persona jurídica cuando la natural de su seno lo requiera y se trate de delitos que no superen los diez años de prisión.

No obstante, en un análisis garantista de trato procesal igualitario, dejando de lado la literalidad de la norma, si se quiere reforzar la idea de procesamiento independiente se debería permitir su aplicación también en favor de la persona jurídica, en cuyo caso, partiendo de la gravedad de las penas –10 años máximo– y sin ninguna otra restricción, debería observarse el trámite del art. 636 del COIP. Sin embargo, de todas formas, ha de asumirse que por cuanto la persona jurídica no puede sufrir pena de prisión, o se deberá optar por admitirse el abreviado en todos los delitos sin importar la pena por la que se esté procesando a la persona jurídica; o por el contrario, únicamente en aquellos en los que no procede la disolución o extinción por ser penas de extrema gravedad¹⁰⁴¹.

Y es que, para la procedencia de este procedimiento, el COIP exige una suerte de «*conformidad*»¹⁰⁴², que implica el consentimiento libre y expreso del procesado, y que en caso de la persona jurídica, será dado por su representante legal o judicial especialmente designado, pero siempre bajo la advertencia de que sea alguien que no tenga conflicto de intereses con la persona jurídica. Este representante, será el encargado de comparecer por la persona jurídica en el procedimiento abreviado¹⁰⁴³.

contenga referencia expresa de determinación de RPPJ en los delitos contemplados en todo el Capítulo Cuarto, sin embargo, en atención al sentido literal de la norma, deja excepto de este tipo de responsabilidad penal por esas contravenciones a las personas jurídicas, en la medida que conforme al citado art. 458, solamente se regula pena para los delitos y no para contravenciones, y de haber querido el legislador que se incorpore la RPPJ en esas dos contravenciones, no hubiese empleado el termino delito sino el de infracciones.

¹⁰⁴¹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012. Respecto de esta situación, el autor considera para el caso español, que pese a no estar expresamente establecida la situación de que no proceda la conformidad en delitos sancionados con penas de disolución, sin embargo, ello «*es deducible del espíritu de la norma*», pp. 173 y 174.

¹⁰⁴² Como en España, por ejemplo. Al respecto, trabajos sobre esta temática a la luz del Derecho español, son desarrollados, entre otros, por RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La conformidad en el proceso penal de las persona jurídicas», en AA.VV., A.J. Pérez Cruz Martín (dir.), A.M. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2017, pp. 177-214; GIMENO BEVIÁ, J., «Problemas y alternativas», cit., pp. 215 y ss; NEIRA PENA, A., *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

¹⁰⁴³Tal como ocurre en España en los casos de conformidad procesal, véase al respecto a RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La conformidad en», cit., p. 210. Respecto de la conformidad advertida en el Derecho español, en Ecuador no se presenta como una institución propia, al contrario, se deduce su proceder únicamente en los procedimientos abreviados, en tanto que en España

Finalmente, pese a la posibilidad de aplicar las normas del procedimiento abreviado a la persona jurídica con el afán de no discriminarla y darle un tratamiento procesal equitativo, sin embargo, es recomendable que *de lege ferenda* se lo asuma como Derecho positivo, y de esa forma ir incorporando estas y otras especificidades en el estatuto de la persona jurídica, en donde de forma expresa se contemple o deniegue esta posibilidad como lo hace Chile¹⁰⁴⁴ por ejemplo, o que al menos, se regule referencias de especificidades propias como lo hace España.

6.2.- El procedimiento directo contra la persona jurídica

Este procedimiento, conforme al art. 640 del COIP, procede en los delitos flagrantes que tienen una pena máxima de hasta cinco años, y en los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda los 30 SBU, es decir, en los llamados delitos menores o delitos menos graves¹⁰⁴⁵. De ahí que, este procedimiento será aplicable a la persona jurídica cuando se trate de delitos contra la propiedad, de los cuales, únicamente, la estafa (art. 186), la ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras (art. 201 COIP), la insolvencia fraudulenta (art. 205) y la falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos del autor (art. 208 A), pertenecen al *numerus clausus*. En estos casos, ha de considerarse como requisito de procedibilidad, que la cuantía o monto del beneficio no exceda los 30 SBU.

En este procedimiento las investigaciones duran apenas ocho a nueve días desde que se realiza la audiencia de flagrancia, luego, en el décimo día se lleva a cabo la audiencia de juzgamiento, y aunque se garantiza la imparcialidad del juez¹⁰⁴⁶. Sin embargo, en materia de derecho a la defensa técnica eficaz, si de por sí es criticable respecto de la persona natural, lo es más aún, cuando se trate de una persona jurídica, la que probablemente sea sancionada con la pena de extinción o clausura definitiva, que por cierto, resultan desproporcionadas en las circunstancias de este procedimiento.

como institución se la puede aplicar en varios procedimientos; sin embargo, su dada su escueta regulación, solamente podría apreciarse su aplicabilidad en el procedimiento abreviado, en los Juicios ante el Tribunal por Jurados, y en el ordinario con las advertidas dificultades planteadas por MAZA MARTÍN, J. M., «La conformidad penal de la persona jurídica», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 329-341.

¹⁰⁴⁴ «Art. 27. Procedimiento abreviado. El procedimiento establecido en los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal será aplicable para determinar la responsabilidad y para imponer las sanciones establecidas en la presente ley.

Se seguirá este procedimiento para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una o más penas de simple delito.

El tribunal no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal», Ley núm. 20393, cit.

¹⁰⁴⁵ En España, este procedimiento denominado «Enjuiciamiento criminal inmediato o Urgente» procede en determinados delitos y normalmente flagrantes. Vid. YÁÑEZ VELASCO, R., *Enjuiciamiento Criminal Inmediato*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

¹⁰⁴⁶ Ya que quien la juzgará, no será el mismo que dispuso su enjuiciamiento en la audiencia de flagrancia, al menos en lugares donde hay más de un juez.

7.- Recursos de impugnación y persona jurídica

Cuando una o más partes procesales no se encuentran conforme con la resolución, fallo o auto definitivo emitido por el juez, tendrán el derecho de impugnar¹⁰⁴⁷ de acuerdo al principio de impugnación consagrado en la CRE, el COIP y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

En principio, la persona jurídica podrá interponer los mismos recursos que la ley prevenga para la persona natural o física¹⁰⁴⁸. La normativa penal ecuatoriana prevé cuatro medios o recursos de impugnación: apelación, casación, revisión, y hecho, cada uno de ellos procederá en los casos previstos en el propio COIP y se tramitarán de acuerdo a las reglas establecidas para cada uno¹⁰⁴⁹. Sin embargo, puede que en la realidad práctica se presenten serios inconvenientes que limiten en la persona jurídica el ejercicio de uno o varios de esos recursos.

Por su parte, en un análisis de compatibilidad regulatoria entre las reglas generales de la impugnación del citado art. 562, no se visualiza referencia alguna a la condición de la persona jurídica procesada, sin embargo, como sujeto procesal, no cabe duda que les son también aplicables del mismo modo que también lo son las garantías del debido proceso y los principios procesales del art. 5 del COIP, dentro las cuales se adscribe, precisamente, la impugnación.

De las reglas del art. 562, el numeral cinco prevé la posibilidad de que en casos de concurrencia de procesados, el recurso favorable interpuesto por uno de ellos también beneficiará a los demás. Esta cuestión en caso de las personas jurídicas merece una aclaración, cuando se procese conjuntamente a ésta y a la natural. En este sentido, habrá que reflexionar respecto a si la impugnación que beneficia a la persona natural beneficia también a la jurídica y viceversa, o si por el contrario, solamente se beneficiará otra persona natural o jurídica co-procesada.

La advertida reflexión no es vana, toda vez que la propia regla advierte que ese beneficio procederá solamente cuando esa «*decisión no se funde en motivos exclusivamente personales*», es decir, que si la decisión favorable que se adopta en la impugnación se funda en la consideración exclusivamente de persona jurídica, no podrá beneficiarse de dicha

¹⁰⁴⁷ Como afirma la doctrina, los medios de impugnación son mecanismos procesales que permiten la revisión de las resoluciones procesales dictadas por el órgano jurisdiccional, de cara a conseguir su modificación o anulación, y con el objetivo de minimizar el denominado error judicial. Forma parte de la tutela judicial efectiva, vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Apuntes de Derecho Procesal Laboral Tema 4. Medios de impugnación*, disponible en: https://ocw.uca.es/pluginfile.php/3708/mod_resource/content/2/TEMA%204%20MEDIOS%20DE%20IMPUGNACION%CC%81N.pdf

¹⁰⁴⁸ La interposición de cualquier de estos recursos estará regulado y regido por las reglas generales de impugnación establecidos en el Art.652 del COIP, según las que, sólo serán impugnables aquellos autos y resoluciones determinadas en el propio COIP. Los recursos serán interpuestos ante el mismo juez, una vez aceptado se citará a las partes para resolver ante el tribunal de segunda instancia, que el caso ecuatoriano son las Salas Provinciales de Garantías Penales.

¹⁰⁴⁹ Artículos 653, 656, 658 y 661 del COIP.

impugnación también la persona natural procesada, al igual que si la impugnación que favorece a la persona natural se funda en cuestiones personales no podrá beneficiarse de aquella también la persona jurídica. En el segundo caso, de estar siendo co-procesadas dos personas jurídicas, si la decisión de la impugnación de igual forma se funda en cuestiones exclusivamente personales, tampoco podría beneficiarse la otra persona jurídica. Esto deja resaltada la imposibilidad del beneficio de impugnación favorable a cuestiones de estricto carácter personal, situación que ha de ser advertida según los hechos o alegaciones que se discutan en cada recurso interpuesto.

De los recursos de impugnación establecidos en el COIP, es posible que el de casación sea el más recurrido por parte de las personas jurídicas, toda vez que, al no estar delimitados ciertos alcances regulatorios tanto de la norma sustantiva cuanto de la procesal de la RPPJ, es posible que los juzgadores violenten la ley, dando margen a la interposición de este recurso extraordinario.

Por su parte, el recurso de revisión merece un análisis puntual en lo que respecta a su procedencia. En efecto, el art. 658 al señalar los tres requisitos de procedencia, cierra la posibilidad de interposición de este recurso cuando una primera sentencia condene a la persona jurídica por un delito atribuible cometido por una persona natural de su seno indeterminada, y luego se inicie un procesamiento penal contra ésta que en juicio ratifique su estado de inocencia porque se pruebe que no cometió el delito.

Ahora bien, en el supuesto advertido *supra*, esa situación de inocencia de la persona natural que en principio dio margen al enjuiciamiento de la jurídica sin necesidad de su determinación, tiene dos connotaciones. Por un lado, de por sí esa sola sentencia no es requisito suficiente de procedencia del recurso de revisión, toda vez que, en estos casos, el art. 658 del COIP, exige que existan «*simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada*». Pero, si la sentencia contra la persona jurídica fue dictada en virtud de su defectuosa organización que precisamente no permitió determinar a la persona natural de su seno, no cabe la procedencia de la revisión penal. Pero dentro un modelo vicarial, ya no se tendría que discutir esta posibilidad porque tanto la persona natural como la jurídica estarán cumpliendo la condena¹⁰⁵⁰. Sin embargo, de partirse de la asunción que la persona natural que delinque para beneficio de la jurídica sea lo determinante en el sistema de RPPJ, y como en el presente caso, por esa situación se la condenó a la jurídica, entonces, esta segunda sentencia resulta contradictoria con la primera. Por otro lado, ya sea que se trate de

¹⁰⁵⁰ En el sentido de que la responsabilidad de la persona natural se transfiera a la jurídica, como por ejemplo en el caso norteamericano. Con mayor profundidad sobre esta clase de responsabilidad en el sistema norteamericano, véase a VILEGAS GARCÍA M., «La Responsabilidad Criminal», cit. pp. 39 ss.

un modelo por autorresponsabilidad en el que se considere o no como circunstancia preponderante el hecho de referencia o la persona que ejecuta la infracción, de todas formas, el supuesto de la *sentencia absolutoria* en ambos casos resultaría improcedente, toda vez que, a pesar de tratarse de sentencias contradictorias o no, la segunda no es condenatoria sino absolutoria, lo que torna en estos casos, improcedente la revisión penal.

Al hilo de lo anterior, para que la persona jurídica pueda beneficiarse de la revisión por esta causal de procedencia, deben existir dos sentencias condenatorias¹⁰⁵¹. Luego, si de todas formas, a pesar de no existir una sentencia condenatoria sino absolutoria que ratifica la inocencia de la persona natural de su seno, queda otra posibilidad de procedencia del recurso de revisión a favor de la persona jurídica. Se trata de la indicada en el numeral 3 del citado art. 658, esto es, cuando la sentencia fuere dictada en virtud de *documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados*. De ahí que, de resultar que en el proceso contra la persona natural de su seno se ratifique su inocencia por que los testigos la identificaron falsamente, ésta sería en principio, la causa para que proceda la revisión a favor de la persona jurídica conforme a la citada norma, en la medida que para estos efectos, se admita como prueba nueva lo relativo a la falsedad de los testigos.

En caso de procedencia de la revisión penal a favor de la persona jurídica, se presentan dos situaciones relativas, por un lado, con el hecho de que cuando haya cumplido o aún esté cumpliendo alguna pena de aquellas que no la extinguen; y por otro lado, que se trate de una pena de extinción. En el primer caso, la reparación vía revisión aunque resulte favorable para su situación, sin embargo, el daño reputacional es incalculable, inclusive, puede que las consecuencias nefastas sean su posterior disolución y liquidación conforme a la LC. En el segundo caso, se estará ante la pena capital con todas sus consecuencias perjudiciales

Finalmente, queda abierto el debate respecto a que si la sentencia de la persona jurídica se funda en motivos estrictamente de organización defectuosa.

8.- Suspensión condicional de la pena y persona jurídica

La suspensión condicional de la pena es una institución relativamente nueva en Ecuador, anterior a ella, existía la suspensión condicional del proceso que fue extinguida con la puesta en vigencia del COIP. En la actualidad, si se asume que la finalidad de la suspensión condicional de la pena, radica en la evitación de efectos perjudiciales de las penas de prisión

¹⁰⁵¹ En donde una de las sentencias resulte injusta errónea o equivocada, toda vez que ello puede traer consecuencias en el constitucional derecho a la defensa. Vid. VACA ANDRADE, R., «Derecho Procesal Penal», cit. pp. 679-680.

cortas, lo que se puede alcanzar con esta nueva figura procesal resulta a todas luces no aplicables a las personas jurídicas.

De haberse mantenido la figura de la suspensión condicional del proceso, podría haberse dado por ahí puerta de entrada a este beneficio a favor de la persona jurídica, como ocurre en Chile por ejemplo, en donde el art. 25 de la Ley núm. 20393 lo faculta bajo regulación expresa¹⁰⁵².

Respecto de la posibilidad de una suspensión condicional de la pena a la persona jurídica, conforme a la redacción actual resulta imposible, ya que la literalidad del texto del art. 630 no da margen, dado la incompatibilidad de las penas. En efecto, la redacción literal del art. 630 señala que permite únicamente la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, quedando por ende, fuera de esta órbita las del art. 71 aplicables a las personas jurídicas. Luego, la propia regulación exige la verificación de cuatro requisitos concurrentes¹⁰⁵³ que bien pudieran verificarse a favor de la persona jurídica si de *lege ferenda* se plantea la posibilidad de una suspensión, siempre que el legislador pretenda estimular las soluciones pactadas¹⁰⁵⁴ en el art. 631, y si es que además, quiere darle un trato equitativo respecto del que le da a las personas naturales. Y es que, tal y como está la regulación actual, refleja un trato procedimental desigual también a la hora de la aplicación de esta institución jurídica.

9.- Conciliación penal y la persona jurídica

La conciliación como único mecanismo alternativo de solución de conflictos jurídicos penales regulado en el COIP, permite una salida anticipada que en determinados casos podrían beneficiarle también a las personas jurídicas, toda vez que la regulación del art. 663, permite su aplicación en ciertos delitos que les pueden ser atribuibles a las personas jurídicas, como aquellos contra la propiedad cuyo monto no superen los treinta SBU.

¹⁰⁵² Art. 25 «Suspensión condicional del procedimiento. La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente, respecto de la persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esta ley.

El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, la persona jurídica esté sujeta al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

1) Pagar una determinada suma a beneficio fiscal.

2) Prestar un determinado servicio a favor de la comunidad.

3) Informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determinare.

4) Implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°.

5) Cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

En los casos en que el juez imponga la medida señalada en el número 1), deberá comunicarlo a la Tesorería General de la República».

¹⁰⁵³ El art. 630 para efectos de que proceda la suspensión condicional de la pena exige la concurrencia de cuatro requisitos.

¹⁰⁵⁴ NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 738.

Esta conciliación penal reglada se fundamenta en determinados principios que la rigen, entre ellos, el de equidad, que en términos de condiciones equitativas, exige que el acuerdo alcanzado no sea abismalmente en beneficio de uno y en detrimento de otro. De ahí que, este principio precautele desequilibrios de poder entre una corporación grande respecto de la víctima persona natural individualizada¹⁰⁵⁵.

Continuando con la línea de análisis del art. 663, en caso de víctimas indeterminadas, o en caso de afectación directa a los intereses del Estado, la solución que ha adoptado el legislador ecuatoriano ofrece una salida, en la medida de regular los delitos susceptibles de conciliación y establecer restricciones para otros. Sin embargo, pueden presentarse delitos que no superando los cinco años y siendo parte del catálogo *numerus clausus* atribuibles, y sin que afecten a intereses del Estado ni se trate de delitos contra la vida, libertad sexual o violencia intrafamiliar, pueden afectar bienes jurídicos difusos donde las víctimas no son personas concretas o son personas indeterminadas, tornando de esta forma inadecuada¹⁰⁵⁶ pero no por ello improcedente, la conciliación penal¹⁰⁵⁷ entre los sujetos procesales incluida la persona jurídica en calidad de sospechosa –cuando se da en la investigación previa–, o en calidad de procesada –cuando se la practica en la instrucción fiscal–.

Respecto de la participación de la persona natural y jurídica como sujetos procesales en un mismo proceso penal, la conciliación de una no tiene por qué afectar la defensa de la otra. Sin embargo, la regulación ecuatoriana merece algunas puntualizaciones básicas en aras a confirmar la hipótesis planteada o en su defecto a denegarla.

En efecto, las reglas 3 y 4 del art. 662 señalan por una parte, que la participación del procesado no puede ser utilizada como prueba de admisión de responsabilidad o culpabilidad penal; y, por otra, que el incumplimiento del acuerdo alcanzado no se lo puede emplear como fundamento de una condena o para agravar la pena. Como se puede observar, las normas indicadas así como las demás de toda la regulación penal de la conciliación (arts. 662,663 y 664 del COIP), no se refieren a los casos de co-procesados ni a la participación en un mismo proceso de la persona jurídica y la natural de su seno.

¹⁰⁵⁵ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 744. Además, advierte la autora, que la mediación penal, se ve limitada en el sistema español en la medida que la regulación procesal de la LECrim deja limitada posibilidad a las soluciones negociadas, cit. p. 741.

¹⁰⁵⁶ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 743.

¹⁰⁵⁷ En similar parecer y respecto a la RPPJ en España, se sostiene que su reconocimiento no es inviable frente a la posibilidad de la mediación, Vid. BARONA VILAR, S., «La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España», AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 53-110.

En el panorama advertido *supra*, la situación de la persona jurídica resulta incierta, esto porque puede asumirse que las indicadas reglas 3 y 4 del art. 662, se refieren únicamente respecto de la persona procesada que se somete a la conciliación, es decir, únicamente no se puede utilizar el acuerdo conciliatorio como *prueba en su contra*, así como tampoco el incumplimiento será fundamento solamente para *su condena*. De ser ésta la voluntad del legislador, estaría vulnerándose el principio de culpabilidad y la defensa de los demás co-procesados, así como de la de alguna de las dos clases de personas –la natural o la jurídica– intervinientes en un proceso penal.

Lo advertido, permite afirmar en defensa del debido proceso y sobre todo del principio de culpabilidad, que pese a que, tanto la conciliación como su incumplimiento produzcan efectos directos sobre el procesado que voluntariamente se ha sometido a este trámite, sin embargo, debe surtir también efectos colaterales respecto de terceros co-procesados y sobre todo en los advertidos casos de procesamiento conjunto de la persona jurídica y la natural de su seno.

Asumida, tanto la conciliación a la persona jurídica cuanto las advertencias de los numerales 3 y 4 del art. 662, no se encuentra impedimento de aplicación en favor de la persona jurídica, sea cuando sólo ésta este siendo procesada, o cuando ostente la calidad de co-procesada con otra u otras personas jurídicas o naturales sin ningún tipo de vínculos asociativos; así como cuando esté siendo procesada conjuntamente con la persona natural de su seno¹⁰⁵⁸ o con otras personas jurídicas asociadas. Sin embargo, hay que advertir que la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos no se sustrae de la jurisdicción penal¹⁰⁵⁹, de ahí que, tanto el fiscal –en la fase de investigación– como el juez penal –en la etapa de instrucción– pueden permitir su ejercicio.

¹⁰⁵⁸ Vid. BARONA VILAR, S., «La persona jurídica», cit., p. 109; GÓMEZ COLOMER, J., «El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista en esta importante novedad legislativa», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 27, 2012, pp. 199-226.

¹⁰⁵⁹ Cfr. BRISEÑO SIERRA, H., *Derecho procesal*, vol. 1, Oxford, 2005.

III. Medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas

1.- Planteamiento

En la actualidad se ha consensuado que las medidas cautelares consisten en previsiones o herramientas procesales que permiten asegurar la efectividad de una sentencia. Sea cual fuere la definición que se pretenda asumir, trasladarla hacia el ámbito de las personas jurídicas no representa mayor dificultad formal, basta una simple construcción gramatical que incorpore los términos persona jurídica y alguno que otro elemento característico.

Por otro lado, y ya en cuestiones un tanto más de fondo, la situación no resulta del todo sencillo, dado a que, por una parte, es controvertible la consideración de la especificidad o no del catálogo de medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas; y, por otra, resulta igualmente controvertible la consideración de que si se tratan de medidas de cautelares de carácter personal o de carácter real¹⁰⁶⁰.

Luego, y ya en lo que corresponde a los criterios de aplicabilidad de las medidas cautelares, surge la necesidad de enfocarlas como «*instrumentos preventivos (por cuanto se anticipan a la materialización del riesgo) que se asientan sobre la peligrosidad del imputado*»¹⁰⁶¹, bajo los criterios, principios y presupuestos que las rigen.

De ahí que, en este apartado se aborda cuestiones que encierran las dos problemáticas advertidas *supra*, así como la exigencia que conlleva la observación de los principios de necesidad, proporcionalidad y de subsidiaridad, de sus presupuestos y sus respectivas implicaciones en la regulación ecuatoriana, bajo la necesaria consideración de persona jurídica sujeto pasivo del proceso penal.

2.- Definición y finalidades de las medidas cautelares

¹⁰⁶⁰ Ello quizás se deba al escaso debate local a diferencia de lo que ocurrió en países como España, en donde, seguramente, se debió debatir mucho la imposición de las medidas cautelares a las personas jurídicas tomando en cuenta la crisis económica que este país a travesaba mientras se tramitaba su aprobación, pues, de alguna manera, el impacto que surtiría en una empresa persona jurídica además del hecho de verse sometida a un proceso penal, la imposición de una medida cautelar generaba la necesidad de un profundo debate al respecto; véase sobre esta cuestión a HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014», *Diario La Ley*, núm. 8368, 2 de septiembre de 2014. Este autor advierte la necesidad de conservación y la continuidad de la empresa en situaciones de crisis al momento de la imposición de medidas cautelares. Además, en España, para tornar viable el procesamiento en cuanto a la imposición de medidas cautelares, posterior al año de la puesta en vigencia del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, se incorpora en la LECrim, mediante Ley 37/2011, de 10 de octubre, el art. 544 quáter que en su numeral 1, establece un envío al CP para estos efectos; este envío nos ubica en el art. 129.3 en donde se enumeran las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas. En Ecuador en cambio, la situación no fue debatida más allá de esporádicos procesos de «*socialización*».

¹⁰⁶¹ PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría General de Medidas Cautelares Penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Marcial Pons, Madrid, 2008.

Las medidas cautelares son reglas que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la decisión final, impiden la frustración del derecho del accionante que puede derivar de la duración del proceso¹⁰⁶². En la misma ruta, se sostiene que previenen dilaciones del proceso penal y que, a su vez, sirven para asegurar la efectividad de la pretensión deducida¹⁰⁶³. A las medidas cautelares se las denomina también medidas provisionales, asegurativas, precautelativas o conservativas, propias del derecho procesal que garantizan el equilibrio de los sujetos procesales y permite la realización de las consecuencias de la responsabilidad¹⁰⁶⁴ civil, administrativa o penal. De lo indicado, se colige que lo común en las medidas cautelares es su finalidad preventiva por hacer posible y ejecutable una decisión judicial.

Ya en un plano estrictamente legal, la finalidad señalada en el art. 519.2 del COIP es aplicable a la persona jurídica, en la medida que se la entienda como un ente con presencia de un representante que a lo largo del proceso le sirva de «voz». Esto dado que la persona jurídica, en defensa de sus intereses escogerá como representante a una persona natural relacionada a la empresa y que conozca de sus actividades. Las medidas cautelares que están enfocadas a garantizar la presencia de la persona jurídica procesada en el proceso penal, son aquellas medidas cautelares reales del art. 549 del COIP. Como una segunda parte de la finalidad antes referida, en la citada norma el COIP establece el cumplimiento de la pena y la reparación integral.

El art. 519.3 establece como tercera finalidad, evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas y que desaparezcan elementos de convicción. Las medidas cautelares que están ligadas estrechamente con esta finalidad son las contenidas en el artículo 550, ya que como se observará más adelante, entre otras cosas, estas medidas sirven para preservar indicios.

El cumplimiento de la pena (art. 519.2 COIP) es una de las finalidades que por excelencia implica que se adopten como medidas cautelares, aquellas que tienden a retener fondos o bienes para una posterior subasta pública, y que como indica NEIRA PENA, son las que invaden de menor manera y, a la vez, son las idóneas a imponerse en un proceso penal contra las personas jurídicas. Se tratan de responsabilidades dinerarias¹⁰⁶⁵.

La última finalidad del art. 519.2 y la finalidad del 519.4, coinciden en su redacción. Las dos tratan de la reparación integral, sólo que la primera se refiere únicamente a la reparación

¹⁰⁶² Vid. MARTÍNEZ BOTOS, R., *Medidas Cautelares*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1990.

¹⁰⁶³ Vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. Los procesos especiales*, 4ª. Edición, Colex, Madrid, 2012.

¹⁰⁶⁴ Vid. AGUIAR ARANGUEREN, A., «Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en AA. VV., R. Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José de Costa Rica, 1994, pp. 95-113; Cfr. QUINTERO MURO, G., *Medidas preventivas en el derecho procesal civil*, Fabreton, Caracas, 1981; DE CASSO Y ROMERO, I.; CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, F., *Diccionario de derecho privado*, Labor, Barcelona, 1950, pp. 2646-2647.

¹⁰⁶⁵ «La persona Jurídica», cit. p. 594.

integral, y la segunda hace hincapié además a las víctimas de la infracción penal. En fin, las medidas cautelares reales tienen relación con estos numerales ya que el mismo COIP en su artículo 555, establece la obligación del juez de disponer la prohibición de enajenar y la retención de cuentas por una suma equivalente al valor de la multa y la reparación integral de la víctima, evidenciándose, de este modo, el aspecto económico que se satisface de manera más idónea con las medidas cautelares reales.

Por otro lado, si es que el artículo 554 englobase a las medidas del artículo 550, se podría hablar de una relación más justa entre el proceso, la persona jurídica procesada y las medidas de clausura provisional y suspensión de actividades, ya que si la condición de la imposición de medidas cautelares reales tiene como propósito cubrir el monto de la obligación de la persona jurídica procesada, entonces la clausura temporal y la suspensión de las actividades podrían darse hasta que la empresa cubra los montos estimados.

Ya en sede de la aplicación de las medidas cautelares, éstas pueden aplicarse de manera individual o conjunta, siempre que sirvan a las finalidades analizadas *supra*, sin embargo, no se observa la redacción de reglas de aplicación específicas¹⁰⁶⁶ como las desarrolladas para el caso de la imposición a la persona natural, donde sí se aprecia que de *ultima ratio* se procede a imponer la prisión preventiva, existiendo para esta clase de personas un abanico extenso de medidas alternativas a las cuales los operadores de justicia pueden acceder.

Finalmente, se ha de advertir que el art. 519 del COIP señala de forma conjunta las finalidades tanto de las medidas cautelares cuanto de las medidas de protección, no obstante, a continuación se analiza de formas más detalla las finalidades de las medidas cautelares.

2.1.- Finalidad de las medidas cautelares (art. 519 COIP)

2.1.1.- Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal

Esta finalidad ideada o inspirada en la persona natural procesada (art. 519.2), requiere una aclaración respecto del anclaje en la persona jurídica, toda vez que, como se sabe, ésta no tiene existencia física.

Así, frente a la necesario cuestionamiento respecto de cómo se garantiza la presencia de la persona jurídica procesada en el proceso, es necesario dejar planteada una primera hipótesis en el sentido de que *su presencia al juicio se ha de garantizar con su patrimonio* (al menos

¹⁰⁶⁶ Esta situación conlleva a la preocupación de la escaza doctrina local que propicia la no imposición de medidas cautelares a las personas jurídicas en un proceso conjunto con la persona natural, o que en su defecto, se aplique únicamente la intervención, so pena de propiciar una inestabilidad económica de las entidades con las consecuencias de cierre y afectaciones a trabajadores. Véase al respecto, ARAUJO GRANDA, M., *La nueva Teoría del Delito Económico y Empresarial*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.

en aquellas que cuenten con uno) y con la comparecencia de sus representante legal o judicial. Con otras palabras, en la medida que una persona jurídica cuente con un patrimonio sea cual fuere, sería éste quien garantizará su comparecencia a juicio. Por lo tanto, es en éste último sentido, en el que la medida cautelar cumple este cometido o finalidad.

2.2.- Garantizar el cumplimiento de la pena

Dentro de esta finalidad (art. 519.2), con las medidas cautelares se persigue la ejecución del proceso penal, es decir, el cumplimiento de la pena de la persona jurídica.

Desde una posición preventiva, esta finalidad tiende al aseguramiento de las consecuencias de la infracción penal, bajo la que se hará realizable la justicia penal y el ejercicio de la prevención a la que tanto el Derecho penal como la pena misma están llamadas.

Esta finalidad no presenta reparos en el sistema cautelar aplicable a las personas jurídicas, en la medida que se articule con la finalidad anterior. Es decir, si con el patrimonio de la persona jurídica se asegura su comparecencia al proceso a través de su representante, ese patrimonio servirá a la finalidad de asegurar el cumplimiento de la pena en la parte pecuniaria como las multas, por ejemplo.

2.3.- Garantizar la reparación integral

Esta finalidad (art. 519.4) armoniza con la finalidad reparatoria de la pena (art. 52 primer inciso COIP), y va dirigida a garantizar la reparación a las víctimas de la infracción penal. Tiene que ver con las «*responsabilidades pecuniarias*»¹⁰⁶⁷ que las personas jurídicas tienen que sufragar, ya no a título de pena como en caso de las multas a favor del Estado, sino también como indemnización a favor de las víctimas de la infracción penal.

El ámbito de la actividad riesgosa de la empresa persona jurídica, por la que a su vez se ha levantado el sistema de RPPJ –cuyo trasfondo es a decir de algunos de naturaleza preventiva–¹⁰⁶⁸, exige que se considere esta finalidad de cara a garantizar esa reparación integral a la víctima individual o colectivamente considerada.

¹⁰⁶⁷ NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 951.

¹⁰⁶⁸ Entre ellos, Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las consecuencias jurídicas del delito», con BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 235-259.

2.4.- Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas y que desaparezcan elementos de convicción

Finalmente, y en aras a una plena prosecución del proceso, las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas van a permitir asegurar la prueba, evitando que se destruyan, desaparezcan o que se obstaculice su práctica (art. 519.3).

Esta finalidad junto con las dos anteriores configura uno de los criterios que deben observarse a la hora de aplicarlas contra las personas jurídicas procesadas, se trata de lo que la doctrina procesalista en materia cautelar a denominado *periculum in mora*. Ello, en la medida que con esta finalidad no se caiga en mora procesal y, por ende, el proceso penal contra la persona jurídica se pueda concluir en debida forma.

Las finalidades advertidas permiten concebir a las medidas cautelares como herramientas auxiliares para el proceso penal de las que se vale el juzgador, permitiendo además, que el proceso cumpla su cometido, evitando impedimentos que puedan causar determinadas situaciones que tornaría imposible o al menos excesivamente compleja la prosecución penal de las infracciones¹⁰⁶⁹. Sobre todo, en caso de personas jurídicas, dado la complejidad que puede resultar el enjuiciamiento criminal a grandes corporaciones, en las que el Estado invierta tiempo y recursos durante un largo periodo de investigación, ya que de no adoptárselas, se configuraría un marco «injustamente *adecuado*» para posteriormente tornar inejecutable una decisión judicial, cuando además, por ejemplo, si la corporación al ser ente comercial, vende, se desprende, deshace u oculta de alguna forma sus bienes o los objetos de prueba; o puede por otra parte, continuar causando deterioro o menoscabo a determinados bienes jurídicos a través de su actividad riesgosa que motivó precisamente su enjuiciamiento. Con otros términos, las medidas cautelares permiten asegurar la efectividad práctica¹⁰⁷⁰ de un proceso penal, y ya en sede del proceso penal a la persona jurídica, permiten anticipar la finalidad preventiva del delito «a los estadios iniciales del proceso»¹⁰⁷¹ penal.

3.- Reglas, criterios de aplicación y efectos de las medidas cautelares en la persona jurídica

En la medida que las medidas cautelares recaiga sobre las personas naturales generadoras del «*hecho de referencia*», sus reglas, criterios y efectos, quedan excluidos del análisis de este trabajo por obvias razones; en tanto que, en la medida que recaigan sobre los bienes,

¹⁰⁶⁹ Vid. GIMENO SENDRA, V., «Derecho Procesal Civil», cit., p.36.

¹⁰⁷⁰ Cfr. CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico del procedimenti cautelare*, ed. CEDAM, Padova, 1936.

¹⁰⁷¹ NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 591.

por su naturaleza permiten su aplicabilidad a las personas jurídicas y, por ende, corresponden al objeto de estudio en este sub apartado.

3.1.- Reglas para imponer medidas cautelares a las personas jurídicas

El citado art. 519 del COIP faculta al juez penal aplicar una o varias de las medidas cautelares del catálogo del art. 550 a las personas jurídicas sometidas a un procedimiento penal. Partiendo de este enunciado, se va configurando los primeros efectos que las medidas causan en las personas jurídicas, en el sentido que la mera referencia a ellas, amenaza de por sí restringir no sólo una posible actividad a la entidad –lo cual de por sí ya le representa un perjuicio–, sino a dos o inclusive a más, con los consecuentes efectos que podrían acarrear esas medidas en terceros. Luego el art. 520 que regula la aplicabilidad de todas las medidas cautelares, contiene reglas que en cierto modo delimitan su imposición.

En efecto, el legislador ecuatoriano ha reglado la imposición de las medidas cautelares, conminándole al juzgador a aplicarlas únicamente en los delitos, dejándolas fuera del ámbito del derecho contravencional penal (art. 520.1). Asoma entonces la primera limitación o advertencia de aplicabilidad.

Luego, en ejercicio del principio dispositivo y de la garantía de *impulso procesal* (art. 5.15), le queda vedado al juzgador imponerlas de oficio, de ahí que, será únicamente la fiscalía –como sujeto o parte procesal– quien ante la eventual participación de una persona jurídica en un proceso penal como sujeto pasivo, deberá solicitar al juez la aplicación de una o más medidas cautelares reales. Ahora bien, de todas formas, pese a que al fiscal a quien le corresponda impulsar la solicitud en su actividad peticionaria, deberá observar una fundamentación de los motivos y las necesidades de su solicitud (art. 520.2), lo que en teoría, servirá para justificar su necesidad por parte del órgano acusador. Luego, será el juzgador el encargado de motivarla en audiencia pública y contradictoria. Esto en esencia significa que deberá pasar por una doble fundamentación, una fiscal y la consecuente fundamentación y motivación judicial, lo que marca pautas o limitaciones de su aplicabilidad, y ello debe ser así, dado el posible perjuicio que puede acarrear a la persona jurídica en caso de que en lo posterior sea sobreseída o ratificada su estado de inocencia en juicio.

3.2.- Criterios para imponer una medida cautelar

En el ejercicio de esa motivación advertida *supra* que debe ejercitar el juzgador, se requiere la observancia de dos criterios elementales: necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar¹⁰⁷².

Respecto de los criterios de aplicación de las medidas cautelares, ha de partirse de la taxatividad legal que ofrece el propio COIP, cuando en el numeral 4 del art. 520 exige al juzgador al momento de motivarlas, que considere los criterios de *necesidad* y de *proporcionalidad*, además de la prohibición de analogía *in malam partem* para «*ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una medida cautelar*», advertida en el art. 13.3 del COIP.

3.2.1.- La necesidad como criterio para imponer una medida cautelar a la persona jurídica procesada

Las medidas cautelares contra las persona jurídicas deben imponerse como una necesidad que conlleva dos cuestiones bien marcadas. Por un lado, necesidad propiamente dicha de precautar la prosecución del proceso; y, por otro la observación del principio de proporcionalidad al aplicar una medida cautelar al caso concreto.

Respecto de la primera cuestión, la necesidad tiene su fundamento en la preocupación advertida por la doctrina tradicional de las medidas cautelares, según la cual, estas medidas procuran el aseguramiento de las sentencias condenatorias, lo que en materia de RPPJ implica el aseguramiento de las cuestiones pecuniarias que versan sobre las multas y la reparación integral. Con otros términos, su aplicación obedece a la necesidad «*de asegurar la ejecución de una eventual y futura sentencia condenatoria*»¹⁰⁷³.

Esa finalidad preventiva –de asegurar lo pecuniario– que reviste la aplicación de las medidas cautelares, sobre todo, cuando le son aplicables a las personas jurídicas vislumbra, a su vez, la naturaleza civil de la finalidad. Y aunque en materia penal esa finalidad iría mucho más allá, al punto de ser adoptadas *en defensa del propio proceso penal*¹⁰⁷⁴, sin embargo, no se la puede separar de la necesidad de aseguramiento patrimonial con la imposición de la sentencia condenatoria, es decir, confluyen al amparo de la necesidad, cuestiones de

¹⁰⁷² En una mirada al Derecho comparado, en España por ejemplo, el criterio o juicio de necesidad forma parte del principio de proporcionalidad, tal como lo señala el Tribunal Constitucional de este país en la STC nº 207/1996, de 16 de diciembre; y como lo explica MALLANDRICH MIRET, N. «Las medidas cautelares en el proceso penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019, pp. 1-34. Mientras que en Ecuador, como se advierte en el texto del art. 520.4 del COIP, parece que se trata de dos criterios independientes.

¹⁰⁷³ PUJADAS TORTOSA, V., *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*, Teresa Armenta Deu (dir.), Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2007.

¹⁰⁷⁴ Cfr. PUJADAS TORTOSA, V., «Para una teoría», cit., p. 70.

realización de la justicia penal –del proceso en concreto– con cuestiones derivadas de ella como la patrimonial, las que necesariamente deberán ser consideradas por el juzgador al momento de elegir una medida. De ahí que, motivadamente, el juez deberá señalar las razones de «necesidad» de su aplicación, partiendo de la fundamentación que deba obligatoriamente hacer el ministerio público. Sin embargo, esa necesidad fundada en las razones ya de defensa del proceso –prosecución penal– cuanto de aseguramiento pecuniario, requieren un análisis puntual en aras a delimitarla acorde a las exigencias del caso concreto, más aún cuando las que se imponen a las personas jurídicas, tienen efectos nocivos respecto de terceros. En tal medida dentro de la advertida necesidad juega un rol determinante la proporcionalidad.

Además, dentro del criterio de necesidad ha de considerarse también la idoneidad, entendida como la relación que debe existir entre la medida cautelar y el objeto del proceso, que tiene además, como facultad, la de pretender asegurar la eficacia de la futura resolución judicial que ponga fin al proceso¹⁰⁷⁵.

Pero la necesidad no solamente versa sobre la cuestión del aseguramiento, sino también sobre la precautela de evitar el menoscabo de bienes jurídicos, ya sea por los que se la está procesando a la persona jurídica, o por los que pueda llegar a lesionar si no se lo evita con la medida cautelar.

3.2.2.- La proporcionalidad como criterio para imponer una medida cautelar a la persona jurídica procesada

Como consecuencia de la «necesidad», la proporcionalidad en las medidas cautelares tendrá necesariamente que ver también por un lado, con la prosecución procesal penal; y, por otro, con el aseguramiento de la efectivización de la sentencia condenatoria y con ella sus efectos reparatorios. Estas dos cuestiones permitirán en su conjunto al juzgador elegir del catálogo la o las medidas cautelares adecuadas.

Otro aspecto que debe considerar el juzgador en ejercicio de la proporcionalidad, y particularmente en el caso de las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas, tiene

¹⁰⁷⁵ GIMENO BEVIA, J., «Compliance y proceso», cit., p. 353. Referente a la necesidad, se indica que la medida a tomar debe ser estrictamente necesaria y requerida para la protección de los intereses en conflicto, en tal sentido se destaca a su vez que es importante lo que exige en España la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil), que en su artículo 726.2 establece que la medida impuesta o a imponer no pueda sustituirse por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial. En este punto se puede ver como las medidas cautelares poseen una clase de in dubio, que rige ya que en sí las medidas cautelares no operan como penas, y que partiendo de este punto se concibe, como ya se ha tratado con anterioridad, de no perjudicar a la persona jurídica ya que ésta aún posee su status de presunción de inocencia. Además, este punto deja en parte fuera del arbitrio del fiscal o del juzgador la elección de las medidas cautelares más severas siempre y cuando éstas puedan tener un reemplazo menos gravoso.

que ver con el agravio o perjuicio que la medida pueda ocasionar no sólo en la propia persona jurídica, sino sobre todo en terceros que pueden ser los socios de buena fe ajenos al delito, los proveedores y los trabajadores¹⁰⁷⁶.

Finalmente, es indudable el sustento que las medidas cautelares encuentran en la necesidad preventiva de evitar que se menoscabe el bien jurídico protegido por el que se lo está procesando a la persona jurídica.

Resulta también válida para el caso ecuatoriano, la advertencia de Arangüena y de la FGEE, en el sentido de que como lo explica NEIRA, en la medida cautelar de suspensión de actividades –regulada también en el art. 550 del COIP– el principio de proporcionalidad también está presente, y el juez debe limitar el alcance de esta suspensión estrictamente para neutralizar el *periculum in mora*¹⁰⁷⁷. Y es que, la cuestión resulta preocupante, toda vez que, pese a que no existe en Ecuador un estatuto procesal propio y amplio de la persona jurídica, sin embargo, al ser precisamente las medidas cautelares lo único que de forma específica regula con nombre propio el Libro Segundo del COIP, en las actuales condiciones, con los problemas advertidos, se complica aún más su situación procesal, toda vez que, siendo lo único específico las medidas cautelares no existan reglas claras que justifiquen su imposición.

3.2.3.- Otros criterios o principios que deben observarse en la aplicación de medidas cautelares contra las personas jurídicas procesadas

Otros principios como los de excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad, instrumentalidad y temporalidad¹⁰⁷⁸, indudablemente deberán ser observados por el juzgador a la hora de imponer y motivar la imposición de una medida cautelar contra las personas jurídicas, basados siempre en el análisis de los presupuestos tradicionales que se analizan *infra*.

3.3.- Presupuestos tradicionales para la imposición de las medidas cautelares

Dentro de los criterios anotados se han de tener presente los presupuestos tradicionales del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*¹⁰⁷⁹. El primero de ellos implica la presunción de buen

¹⁰⁷⁶ En este sentido la proporcionalidad tiene que ver con esa «ponderación de los intereses en conflicto, de forma que la injerencia es solo admisible si el interés público en la adopción de la medida es preponderante respecto al interés del sujeto pasivo y de los terceros afectados. Dentro de los terceros, obviamente, se encuentran los trabajadores, proveedores y acreedores de la persona jurídica», GIMENO BEVIA, J., «Compliance y proceso», cit., p. 353-354.

¹⁰⁷⁷ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 596; ARANGÜENA FANEGO, C., «Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales privativas de libertad», en AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.), M^a. Sande Mayo (coord.), *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 53-104.

¹⁰⁷⁸ Vid. DE LA ROSA CORTINA, J., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2015.

¹⁰⁷⁹ Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 352.

derecho, relacionado directamente en el proceso penal con la imputación, es decir, con la existencia de indicios racionales o verosímiles¹⁰⁸⁰ de responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto significa que dentro del proceso penal, se activaría este presupuesto cuando de lo investigado se desprendan indicios que hagan sospechar la responsabilidad penal, sin que se trate de un adelanto o avance del juicio¹⁰⁸¹, con la necesidad de que solamente bajo esta circunstancia se podría limitar de forma cautelar la libertad empresarial, toda vez que, se debe ser consciente de los perjuicios que conllevan estas medidas para el correcto funcionamiento de la persona jurídica¹⁰⁸²; más aún, cuando para su imposición se debe observar el principio elemental de conservación y continuidad de una persona jurídica o empresa en momentos de crisis¹⁰⁸³, principios estos que permitirán al juzgador garantizar no solamente la actividad empresarial sino también el derecho al trabajo de los empleados.

Respecto de la valoración indiciaria que compete al juez que va a dictar las medidas cautelares contra una persona jurídica, se presenta de forma más compleja en comparación a los requisitos que se deben constatar para las personas naturales, esto dado la diferencia que existe en su naturaleza¹⁰⁸⁴. En este punto, se vierten opiniones encontradas: así, por una parte, se entiende que el *fumus boni iuris* se acredita tan sólo con la imputación; y, por otra, la necesaria vuelta a comprobación de los elementos indiciarios del tipo penal¹⁰⁸⁵; además, dadas las continuas modificaciones legislativas que se llevan a cabo en los ordenamientos jurídicos, sería necesario que el juez encargado de dictar las medidas cautelares vuelva a comprobar los elementos típicos y aquellos que han llevado a la decisión fiscal de formular la imputación¹⁰⁸⁶.

Al hilo de lo anterior, hay que diferenciar dos momentos del cauce del proceso en el cual se vayan a dictar las medidas cautelares. Por una parte, cuando se las dicta por primera vez ante una necesidad racional, en cuyo sentido el *fumus* encuentra sustento en la valoración de lo ya actuado hasta ese momento, por lo que, en este caso, se presupone que ya el juzgador ha realizado el análisis y valoración de esas posibles variaciones legislativas, así como también habrá valorado de buen derecho los indicios que posiblemente configuren el tipo penal y que le ha presentado la fiscalía y, en cuyo caso, sería suficiente la imputación. Por otra parte, cuando se la mantiene a lo largo del proceso penal, como por ejemplo, cuando

¹⁰⁸⁰ Vid. SANCHO DURÁN, J., «Medidas cautelares: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y *caución*», disponible en: <http://javiersancho.es/2015/08/12/medidas-cautelares-fumus-boni-iuris-periculum-in-mora-caucion/>

¹⁰⁸¹ IBIDEM.

¹⁰⁸² Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 352.

¹⁰⁸³ Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Personas jurídicas penalmente», cit.

¹⁰⁸⁴ Vid. BARESI, M.; PITTARO, P.; y, BERNASCONI, A., «Il sistema cautelare nel processo penale di societate tra esigenze di effettività e profili di inconstituzionalità», Università degli studi di trieste, 2007/2008.

¹⁰⁸⁵ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.; BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de Responsabilidad penal de las persona jurídica*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012.

¹⁰⁸⁶ Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 352.; Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., con BAJO FERNÁNDEZ M. ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Tratado de responsabilidad», cit., p. 256.

en el caso ecuatoriano se la va a ratificar en la Audiencia Evaluatoria y Preparatoria de Juicio (AEPJ); entonces, allí sí se requiere de una vuelta a valorar tanto los elementos del tipo, los indicios, así como las posibles modificaciones legislativas. Y es que, precisamente, las medidas cautelares conforme al COIP son sujetas a revisión y sustitución o revocatoria¹⁰⁸⁷, lo que refuerza la idea de que esa necesidad de vuelta a revisar los indicios, se configuran en un segundo momento procesal de revisión de la medida.

Ahora bien, resulta que en el caso ecuatoriano, respecto tanto de su primera imposición cuanto de la posterior revisión, se deberá presumir conforme a derecho la existencia de los siguientes elementos¹⁰⁸⁸: a) que se trate de un delito catalogado como atribuible a las personas jurídicas a título de responsabilidad penal, es decir, únicamente de aquellos del sistema *numerus clausus*; b) que la persona jurídica sea de derecho privado nacional o extranjera y no de derecho público; c) que se reporte el beneficio para la propia persona jurídica o para sus asociados; y, d) que el hecho generador sea cometido por las personas descritas en el art. 49.

De ahí que, le corresponde primero al fiscal y luego al juez de garantías penales, la verificación tanto de los elementos en la primera imputación cuanto de la vuelta a verificación de los indicios que acrediten –al menos mínimamente– las exigencias legales indicadas en el párrafo anterior mientras dura la instrucción fiscal, y de forma más exigente al momento de la AEPJ. Esto toda vez que en Ecuador a partir de esa audiencia se culmina la valoración indiciaria convirtiendo, a partir de entonces, a las medidas cautelares en una suerte de medidas «*en firme o sin revisión*» hasta la realización del juicio y el dictado de la respectiva resolución y sentencia.

Por su parte, el *periculum in mora* o peligro por la mora procesal –que tiene que ver con el riesgo del retraso o de no tomar la decisión de la medida cautelar– influye mucho en las investigaciones procesales contra la persona jurídica, toda vez que, reflejan el carácter preventivo de evitación de riesgos bajo parámetros de prontitud, oportunidad, y dado a la actividad riesgosa así como la patrimonial de la persona jurídica, por lo que, se hace sumamente necesaria su valoración al momento de la imposición de una medida cautelar. Entendida como la necesidad de evitar que una resolución tardía impida que se haga justicia, en el ámbito de las personas jurídicas procesadas tiene vinculación directa con esa

¹⁰⁸⁷ Así lo establece el Art. 521 del COIP.

¹⁰⁸⁸ Para el caso español se advierten cuatro aspectos a tomarse en consideración y que tienen que ver con: «a) que el delito cometido sea, por su naturaleza y por encontrarse dentro del listado del CP, susceptible de ser imputado a la persona jurídica; b) que la persona jurídica sea susceptible de ser imputada, es decir que no se encuentre dentro de las personas jurídicas excluidas por el art. 31 bis.5 CP; c) que el delito haya sido en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho; d) que haya sido cometido por personas sometidas al cargo de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho, al no haberse ejercido sobre ellas el debido control», GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., pp.352-353.

incapacidad de *autorregulación*, que acarrearía como consecuencia en lo futuro, repeticiones de actos que forman parte de la conducta delictiva del delito¹⁰⁸⁹, así como la incapacidad de no contar con un sistema de previsiones económicas que permita asegurar un posible pago de multa y de la correspondiente reparación integral.

Y es que, la aplicación de las medidas cautelares dentro de las que se enmarcan las aplicables a las personas jurídicas, ha dado lugar a preocupaciones y sentencias a nivel supranacional, al punto que el debate se ha afincado también en la doctrina jurisprudencial de la CIDH, en la que se puede observar la tensión que generan las medidas cautelares –a la hora de la salvaguarda en el proceso penal– al principio de presunción de inocencia¹⁰⁹⁰.

De ahí que, valga la necesidad de reiterar el irrestricto respeto de los principios orientadores de su imposición, así como de otros principios y cuestiones colaterales que complementen los vacíos o dudas que puedan generar determinadas situaciones al momento de valorar la solicitud de imposición y de la imposición misma, sobre todo tratándose de personas jurídicas.

4.- Medidas cautelares contra las personas jurídicas en el COIP

De las medidas cautelares que se imponen *contra societatem*¹⁰⁹¹ en Ecuador, se requiere un primer análisis encaminado a establecer si solamente ellas les son aplicables, o si por el contrario también le pueden ser aplicables otras medidas cautelares reales y especiales que regula el COIP.

Respecto de la cuestión planteada, una primera aproximación conlleva el análisis puntual de la normativa. Es decir, un análisis que partiendo de la letra de la ley permita contextualizar la problemática y, a la vez, dar una primera opinión. En este sentido, el art. 550 no contiene una referencia expresa de puntualidad o especificidad de las medidas cautelares que a continuación enumera. Ello permite ir esbozando las primeras ideas a favor del sistema mixto y no del cerrado. Luego, la regulación textual que faculta al juzgador la posibilidad de «ordenar una o varias de las siguientes medidas cautelares», aunque a simple vista pareciera limitar a las tres medidas que a continuación se enumeran; sin embargo, y ya en un contexto más mediato, el art. 549 en su primera parte faculta al juzgador la posibilidad de ordenar otras medidas cautelares sobre los bienes de la persona *natural o jurídica* procesada, tales como, el secuestro, la incautación, la retención y la prohibición de enajenar. El análisis sistemático

¹⁰⁸⁹ Vid. GIMENO BEVIA, J., «Compliance y proceso», cit., p. 353.

¹⁰⁹⁰ Sentencia de la CIDH, de 21 de noviembre de 2007, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, disponible en: <https://sidh.cejil.org/es/document/2o578f8guieiyvi?page=1>

¹⁰⁹¹ PORTAL MANRUBIA, J. «Medidas cautelares contra la persona jurídica según la nueva norma del Código Penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2011, pp. 149-170.

advertido, permite afirmar que en el caso de Ecuador, las medidas cautelares del art. 550 no son las únicas que el juzgador puede imponer a la persona jurídica procesada.

En una mirada al Derecho comparado, en España, dado la regulación del art. 544 quáter de la LeCrim, la situación a nivel de la doctrina está dividida¹⁰⁹². En efecto, por un lado, se considera que no es posible adoptar otras medidas cautelares más allá de las enumeradas en el artículo 33.7 del CP con fundamento, por ejemplo, en cuestiones de «*interpretación literal*». Esto porque el art. 544 quáter expresamente refiere que respecto de la persona jurídica las medidas cautelares «*que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995*», y las que expresamente señala el último inciso del art. 33.7 del CP, son la clausura de locales o establecimiento, la suspensión de actividades y la intervención judicial. En este caso, y a criterio de algunos autores, en un primer momento se estaría frente a un sistema *numerus clausus* de medidas cautelares¹⁰⁹³. Por su parte, apelando al análisis o interpretación sistemática¹⁰⁹⁴, se trataría de un sistema *mixto* penal-procesal. En el primer caso, se ubican las del último inciso del art. 33.7 del CP, y en el segundo, cuando además de aquellas, se posibilita la aplicación de las medidas cautelares reales de la LeCrim, con las respectivas excepciones¹⁰⁹⁵, y que además, conforme a la FGEE, éstas últimas les son aplicables no solamente a las personas jurídicas sometidas al sistema de RPPJ sino también a las instrumentales¹⁰⁹⁶ y a las sin personalidad jurídica¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹² Así, por una parte autores como ARANGÜENA FANEGO, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y medidas cautelares personales», *Revista de Derecho Empresarial*, núm. 2, 2014, pp. 83-115; FEIJOO SÁNCHEZ, B., con BAJO FERNÁNDEZ M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Tratado de responsabilidad», cit., p. 294; PORTAL MANRUBIA, J., «El enjuiciamiento penal de la persona jurídica», *Diario la Ley*, núm. 7769, 2012; y, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos», *Diario la Ley*, núm. 7796, 2012, se pronuncian de alguna forma respecto de la taxatividad expresa. Mientras que por otra parte, ARRIBAS ATIENZA, P., «La persona jurídica como responsable penal ante el proceso penal», *Revista Acta Judicial*, núm. 1, 2018, pp. 52-73; GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 356 y ss; NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 600; VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente», en AA.VV., A.J. Pérez Cruz Martín (dir.), A.M. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2017, pp. 157-175, entre otros, son partidarios de la procedencia de otras medidas cautelares adicionales a las del 33.7 del CP.

¹⁰⁹³ Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Proceso penal contra», cit. aunque este autor advierte que la limitante solamente concierne a las otras medidas cautelares de carácter personal.

¹⁰⁹⁴ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 595.

¹⁰⁹⁵ Esto en el sentido de que además de las específicas señaladas en el 33.7 del CP, se pueden aplicar otras reales señaladas en la LeCrim con excepción de las otras de carácter personal advertidas por DOPICO, improcedencia referida también a las medidas cautelares de «*prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad Social ni otras de creación jurisprudencial tendentes a limitar la libertad societaria*», NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., pp. 595-596. Respecto de la no consideración de algunas medidas cautelares indispensables a criterio de la FGE, éste organismo en la Circular 1/2011, se lamenta que «*no se pueda acordar como medida cautelar la prohibición de realizar específicas y determinadas actividades sociales directa y estrictamente relacionadas con el delito investigado, lo que constituye un grave inconveniente por cuanto constituiría una posibilidad mucho más acorde con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que rigen también en la fase instructora*».

¹⁰⁹⁶ Respecto de lo cual en letras de la propia FGE «*Este régimen de compatibilidad no entraña que, cumplidos los criterios legales de transferencia, la responsabilidad de la persona jurídica devenga inevitable. Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales*», Circular 1/2016, Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a las reformas del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, p. 27.

¹⁰⁹⁷ Vid. FIGUEROA NAVARRO, C., «Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LXIV, 2011, pp. 398-524.

Por otra parte, respecto de la consideración de medidas cautelares personales o reales –a las indicadas en el art. 550 del COIP–, dado los efectos que ellas implican en la persona jurídica, se puede afirmar *a priori* que se tratan de medidas cautelares de carácter personal, pues, pese a que el legislador la haya ubicado dentro de una Sección titulada «*Medidas cautelares sobre bienes*», sin embargo, afectan coartando directamente la libertad de las actividades sociales o empresariales que se realizan a través de sus diferentes locales o establecimientos, ya sea con la clausura o con la suspensión; mientras que con la intervención se limita esa libertad social. Ahora bien, la consideración de personales no implica que sean todas las de esta naturaleza aplicables a las personas jurídicas en Ecuador, quedando excluidas aquellas personales incompatibles como las señaladas en el art. 522. Y es que, precisamente, ese carácter de personales, permite que al momento de su imposición se respeten o se observen de forma estricta los principios que las rigen y, a su vez, permiten ponderar de forma equilibrada «*entre la necesidad de su adopción y los derechos de la persona investigada*»¹⁰⁹⁸.

4.1.- Las medidas cautelares específicas y generales *contra societatem*

Conforme al art. 550 del COIP, las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas son: clausura provisional de locales o establecimientos, suspensión temporal de actividades de la persona jurídica, y la intervención por parte del ente público competente¹⁰⁹⁹. Pero éstas no son las únicas, pues, como se ha indicado *supra*, existen otras de carácter reales que sobre los bienes de las entidades bien podrían ser impuestas por el juzgador, tales como, el secuestro, incautación, retención y la prohibición de enajenar (art. 549). Además, otras medidas que también se les pueden imponer a las personas jurídicas, son las acuñadas bajo las denominadas órdenes especiales de los arts. 551 y 552; aquellas sobre bienes en juicio del art. 555; y, las prohibiciones temporales del art. 556.

4.1.1.- La clausura provisional de locales o establecimientos

Estas medidas tienen lugar cuando se presente una peligrosidad objetiva respecto de una eventual comisión delictiva en consideración a la disposición de los locales o

¹⁰⁹⁸ ARRIBAS ATIENZA, Patricio, «La persona jurídica», cit., p. 62.

¹⁰⁹⁹ A diferencia de lo que ocurre en España, en Ecuador las medidas cautelares no se encuentran en la norma penal sustantiva, sino que se encuentran debidamente enumeradas en el Libro II del Procedimiento, aunque claro está, que la promulgación del COIP favoreció esta situación, toda vez que, reúne en el mismo cuerpo normativo la parte sustantiva, la procesal y la ejecutiva que fueron promulgadas al mismo tiempo.

establecimientos¹¹⁰⁰, y consisten en la inhabilitación del espacio o espacios físicos en donde funciona una persona jurídica.

La clausura, prevista también como pena en el art. 73.3 del COIP, en materia procesal –como no podía ser de otra manera– ha sido adoptada únicamente en la vertiente temporal o provisional, y cuya finalidad en común, radica en procurar la evitación o la prevención de posteriores comportamientos delictivos. De su lado, respecto de la determinación de los locales o establecimientos, el legislador ha dejado preestablecido que la clausura debe recaer sobre aquellos locales del lugar en los cuales se cometa la infracción. No obstante, el juzgador deberá analizar la situación en atención a los particulares hechos investigados por la fiscalía para efectos de imponer esta medida. Así, por ejemplo, si en un mismo lugar existen más de un local o establecimiento de una misma persona jurídica, en cuyo caso la clausura deberá recaer o sobre todos los locales y establecimientos o sobre parte de ellos, en atención de la necesidad-oportunidad del aseguramiento que quiera dar con la medida cautelar a imponerse¹¹⁰¹.

Por otro lado, respecto de la temporalidad o duración de esta medida cautelar, al igual que las demás, quedará sometida a cuestiones de necesidad y de vueltas a valorar los indicios por medio del sistema procesal de revisión de medidas que contiene el COIP, pero en todo caso, de no operar cuestiones para su revisión, revocatoria o sustitución, el tiempo de duración será el de duración del proceso penal hasta la ejecutoria de la sentencia, es decir, su cancelación será o la ratificación del estado de inocencia de la persona jurídica procesada o su declaratoria de culpabilidad.

Por otro lado, respecto de la consideración de si la clausura se trata de una medida cautelar de carácter personal o no, a pesar de que recaiga sobre bienes (locales o establecimientos de la persona jurídica) o elementos patrimoniales físicos o virtuales¹¹⁰², dado su finalidad, con su aplicación o imposición se va mucho más allá de la simple precautela de intereses reparatorios o pecuniarios que bien pudieran asegurarse con las otras medidas cautelares de naturaleza real indicadas en los arts. 549, 551, 552, 555 y 556 del COIP. De todas formas, habrá de considerarse a la hora de su imposición conforme a la regulación ecuatoriana, los criterios de necesidad y de proporcionalidad en atención a los fines que con ella se persiga dentro del proceso penal¹¹⁰³, bajo las estrictas consideraciones de aquellas medidas de carácter personal.

¹¹⁰⁰ Vid. GARCÍA CAVERO, P., «Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, vol. 7, 2006, pp. 93-127.

¹¹⁰¹ Vid. VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares sobre», cit., p. 166.

¹¹⁰² Vid. IBIDEM.

¹¹⁰³ Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 355.

4.1.2.- La suspensión temporal de actividades

A diferencia de la clausura provisional, esta medida no se repite dentro del catálogo del art. 71 como pena aplicable a la persona jurídica, se trata, por ende, –al igual que la intervención– de medidas netamente cautelares. La suspensión afecta gravemente la actividad social de la persona jurídica. En términos comparativos con las medidas cautelares aplicables a las personas naturales, mientras la privación de libertad mediante la prisión preventiva es la medida cautelar más grave, en ámbito de las personas jurídicas la suspensión de sus actividades constituye la más grave de las que se les pueda imponer. Es por ello que, en atención a su gravedad, al momento de imponérsela deberá necesariamente el juzgador – además de las consideraciones de necesidad y proporcionalidad– observar también criterios de subsidiaridad, que en el caso ecuatoriano lo ampara el principio de excepcionalidad al igual que ocurre con la prisión preventiva, pues, la aludida medida cautelar acarrea consecuencias muy graves para la entidad, al punto que le puede causar su total paralización¹¹⁰⁴.

A diferencia de la regulación empleada para el caso de las clausuras, el legislador no ha predeterminado si la suspensión es de todas las actividades o solamente de las vinculadas con la infracción. Esta distinción es necesaria dado a que las empresas suelen dedicarse, por lo general, a más de una actividad, por ejemplo, producción y comercialización. De ahí que sea necesario, que esa labor le corresponda al juzgador bajo los mismos criterios advertidos *supra*. Por ahora, ha de asumirse que la suspensión deberá operar únicamente respecto de la o las actividades relacionadas directamente con la infracción¹¹⁰⁵, en el sentido de lograr con ella sus finalidades preventivas.

Así, una vez que los indicios producidos en la investigación fiscal permitan establecer la o las actividades relacionada directamente con la infracción que se le atribuye a la persona jurídica, se requiere del juzgador al momento de su imposición, por un lado, el análisis de subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad, en atención a los efectos colaterales que puede ocasionar en terceros ajenos a la actividad delictiva pero que de forma directa dependen a la actividad a suspenderse; es decir, determinada de entre las actividades que realiza una persona jurídica, debería suspenderse las actividades de aquella en la que probablemente se cometa la infracción¹¹⁰⁶. Por otro lado, le corresponderá también al juzgador el subsiguiente

¹¹⁰⁴ Vid. IBIDEM.

¹¹⁰⁵ Vid. ATIENZA ARRIBAS, P., «La persona jurídica», cit., p. 63; GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y proceso», cit., p. 355; NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., 597; VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares sobre», cit., p. 167.

¹¹⁰⁶ Esta advertencia, es necesaria a tomarse en consideración dado al carácter grave o dañoso que reviste esta medida, pues, coarta el libre ejercicio de la actividad empresarial con todos sus efectos.

análisis, tanto de los riesgos que implican la necesidad de la prosecución procesal cuanto la prevención de consumación de posteriores conductas delictivas con sus respectivos efectos a través de la actividad o actividades que se pretende suspender, así como de las eventuales repercusiones económicas y sociales de la suspensión de la actividad y los consecuentes efectos para los trabajadores de la entidad¹¹⁰⁷.

En la misma línea de argumentación, se advierte que el juez sólo debería recurrir a esta medida cuando no encuentre una menos gravosa, debiendo también graduar la intensidad de su efecto, delimitando una o varias actividades según la intervención de las mismas en el delito imputado. En definitiva, para que esta paralización de actividades no tenga el impacto negativo, se deben delimitar las actividades que deban ser suspendidas, y considerar la posibilidad de sustituir esta medida por otras menos gravosas.

4.1.3.- La intervención por parte del ente público de control competente

Se trata de una medida cautelar reglada, es decir, predeterminada, al menos en lo que compete al encargado de la intervención. Conforme a la normativa ecuatoriana la intervención recae en un ente público de control, tanto de las personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro o mercantiles cuanto de las corporaciones y fundaciones.

El órgano o ente público encargado de la intervención conforme a la regulación societaria ecuatoriana es la SUPERCIAS, a través del Superintendente, bajo el sistema descentralizado de las Intendencias provinciales a cargo de los Intendentes de compañías. Por ende, serán los Intendentes los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, los encargados de designar a él o los interventores de las personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro o sociedades mercantiles constituidas y regidas al amparo de la LC y el Código de Comercio y sometidas a su competencia.

Luego, en caso de corporaciones, fundaciones u otras formas de organización social sin fines de lucro constituidas no al amparo de la LC sino de del CC y del RPOPJOS, serán conforme se colige de los arts. 12, 13 y 21 de este Reglamento, el respectivo ministerio del ramo de la actividad que haya otorgado la personalidad jurídica el encargado de su intervención¹¹⁰⁸. Y,

¹¹⁰⁷ Vid. VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares sobre», cit., p. 167. Este autor considera además, que «*El puesto que en la estructura empresarial ocupe el incumplidor del deber de control*» constituye otro elemento a considerar para efectos de graduar la aplicación y el tiempo de duración, ello en relación con a posibilidades atenuantes señaladas en el art. 31 bis párrafo quater CP.

¹¹⁰⁸ Esto además lo corrobora la Disposición General Segunda del RPOPJOS. Sin embargo, el mismo Reglamento en el art. 31 al regular el control al que se someten esta clase de personas jurídicas, confiere potestad para esta labor a los «*Ministerios competentes*» respecto del funcionamiento, utilización de recursos públicos, tributarios, aduanero y otros dice la norma. Esto ocasiona duda respecto de si la intervención de estos entes debe darse o por la entidad pública que les otorga personalidad jurídica, o por el ministerio competente de la actividad en la cual se comete la infracción penal. Y esto es importante aclararlo, toda vez que las fundaciones o las corporaciones no siempre se van a dedicar a una sola actividad sino que como bien lo advierte la norma indicada, pueden concurrir actividades relacionadas con tributos, manejo de fondos públicos, asuntos aduaneros, entre

aunque luego el propio Reglamento presente regulaciones un tanto confusas en el sentido del control, sin embargo, para el caso de las corporaciones y fundaciones sin fines de lucro, se ha de tomar partida por la intervención del ente que les confiere la personalidad jurídica, toda vez que, éste es su principal ente público regulador. Esto porque al igual que ocurre con las compañías comerciales sujetas a la LC, donde pese a dedicarse a actividades que involucran a diferentes actividades sectoriales, sin embargo, es el ente al amparo del cual se constituyeron el encargado de regular su funcionamiento y, por ende, su intervención. Lo contrario sería difuminar la regulación conforme a las múltiples actividades a las que se dedican las personas jurídicas¹¹⁰⁹.

Ahora bien, asumida que la intervención para el caso de las personas jurídicas mercantiles y de las corporaciones y fundaciones sin fines de lucro, les compete en el primer caso al Superintendente o los Intendentes de Compañías y, en el caso de las corporaciones y fundaciones sin fines de lucro a los respectivos funcionarios públicos de los respectivos Ministerios o entidades públicas que conceden personalidad jurídica, ha de advertirse que esta medida cautelar reviste naturaleza administrativa en lo que respecta a su ejercicio o funcionamiento, pese a que sea dictada dentro de un proceso judicial penal.

A la intervención se la suele considerar como un mecanismo de control administrativo interno que opera cuando se reemplaza al titular del órgano que está siendo intervenido¹¹¹⁰. Por su parte, y ya en términos más puntuales, se la concibe también como una medida a través de la cual una autoridad pública supedita las actividades y las decisiones de una persona jurídica o empresa, a la autorización de un tercero designado¹¹¹¹. Incluso, se afirma que se trata de una medida de sustitución dictada por la correspondiente autoridad pública en contra de una empresa o de alguna actividad¹¹¹².

De las definiciones advertidas, se puede notar que los efectos de la intervención en las personas jurídicas radican en la limitación en la toma de decisiones y en el autogobierno, cuestiones que en primera instancia no deberían afectar el normal desenvolvimiento de las actividades de la empresa. De ahí que, sobre fuerza la consideración de esta medida dentro de aquellas medidas de carácter personal, en la medida que limitan el libre ejercicio de la actividad empresarial, pues, de todos modos, provoca daños –aunque menores– tanto en la

otros, y en cuyo caso se puede presentar conflictos entre el ente público que le otorgó la personalidad jurídica y el ente de control de la respectiva actividad.

¹¹⁰⁹ No obstante, el control de aquellas actividades que involucran tributos, fondos, aranceles aduaneros, entre otros, les compete al Ministerio del ramo conforme al citado Reglamento, pero la intervención como tal, corresponderá al ente que le concedió personalidad jurídica. Y esto además inclusive para lograr los fines de la medida cautelar.

¹¹¹⁰ Vid. ÁVALOS, E.; BUTELER, A.; MASSIMINO, L., *Derecho Administrativo 1*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2014.

¹¹¹¹ Diccionario del Español Jurídico, Real Academia Española, disponible en: <https://dej.rae.es/lema/intervenci%C3%B3n>

¹¹¹² IBIDEM.

propia organización –en la medida de que no le impide continuar normalmente con su actividad–, así como en los trabajadores, clientes y acreedores.

Por su parte, respecto de la designación del encarado de ejecutar esta medida cautelar en Ecuador, pese a que la decisión de imponerla le compete al juzgador que asume la competencia en el proceso penal, no obstante, es el legislador quien le ha dotado de una naturaleza administrativa al regular que debe ser el ente público de control competente el encargado de ejecutar esa intervención¹¹¹³. Pero respecto de la relación o interrelación entre interventor-superintendente-juez y proceso penal, nada dice la normativa penal ni la administrativa. De ahí que, en Ecuador se requiera, al igual que como advierte NEIRA PENA para el caso español, *de lege ferenda* una regulación procedimental penal que canalice esa advertida interrelación, y que además, prevea la necesaria diferenciación entre la intervención como mera actividad de supervisión o vigilancia, y la administración judicial como medida de sustitución de la persona que venía desarrollando las facultades de gestión¹¹¹⁴.

De su parte, el interventor judicial es asumido como un auxiliar o mandatario del Juez, ya que éste es quien sanciona su designación. Consecuentemente, el administrador –haciendo referencia al interventor– debe actuar con la debida independencia frente a las partes y salvaguardar los intereses a cuya protección está destinada dicha administración¹¹¹⁵. Las funciones y el alcance de la información obtenida por el interventor, tienen una importancia capital dentro del proceso penal a la persona jurídica. De ahí la necesidad de limitar o delimitar las actuaciones en su relación con los sujetos procesales, sobre todo con respecto a la acusación o fiscalía, pues, ésta entidad como parte procesal bien podría a través del interventor obtener información para fundamentar su acusación contra la persona jurídica. Esto bajo la advertida situación del libre acceso a la información de la persona jurídica, que bien puede tener consecuencias sobre ciertos derechos fundamentales de la entidad como aquellos enmarcados en la prohibición de autoincriminación¹¹¹⁶, lo que conllevaría a un fraude

¹¹¹³ En España, en cambio, la intervención reviste un carácter judicial en la medida que es el juzgador el encargado de designar a la persona que debe ejecutarla. Además, respecto a la persona a seleccionar para cumplir la función de interventor, la jurisprudencia española señala primero que la intervención es una medida de administración judicial, que más allá de supervisar interviene de manera activa dentro de la empresa, gestionando directamente, removiendo y sustituyendo al administrador anterior para que ésta continúe con la actividad societaria, pudiendo ser el interventor una persona del círculo de la empresa o por expertos ajenos a ella, AJCI núm. 6, de 30 de junio de 2014, DDPP. 26/2012. Como se puede notar, las dos regulaciones difieren radicalmente en cuanto a la discrecionalidad del juzgador. Sin embargo, en el caso de España, la potestad que tiene el juez respecto de cuestiones como la determinación tanto del contenido de la propia medida, cuanto de las facultades del interventor, pueden presentar conflictos con los principios de seguridad jurídica y de legalidad. Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 599. La autora, además advierte, que cuestiones como la forma de designación del interventor, su intervención en el proceso y lo relativo a su secreto profesional, se encuentran sin respuesta. Cuestiones que en el caso ecuatoriano de alguna manera –en principio– no resultan conflictivas, toda vez que la LC establece tanto el procedimiento de intervención, de designación del interventor, así como las actividades de este funcionario (arts. 353 al 356 LC).

¹¹¹⁴ Cfr. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 600.

¹¹¹⁵ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica» cit., p. 599; VELÁZQUEZ MARTÍN, A., *La intervención judicial de bienes y empresas*, Aranzadi, Navarra, 2009.

¹¹¹⁶ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica» cit., p. 599; ZARZALEJOS NIETO, J., «La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral», con BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 237-267.

legal que terminaría por conducir a una ilicitud probatoria de la información obtenida¹¹¹⁷. Del mismo modo, si el interventor fuera llamado a declarar como testigo, podría afectar el derecho a la defensa de la persona jurídica, y en especial el derecho al silencio o a no declarar¹¹¹⁸.

La intervención judicial puede realizarse sobre toda la persona jurídica o sobre alguna parte de ella¹¹¹⁹. Una cualidad de la intervención judicial consiste en evitar la despatrimonialización de la persona jurídica, por lo tanto, sirve para conservar su patrimonio, su viabilidad económica y el valor de sus activos precautelando, a su vez, el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que del proceso se desprendieran para la entidad¹¹²⁰, además, los derechos de terceros vinculados a la actividad de la empresa intervenida.

Conforme al art. 550 del COIP, la intervención es susceptible de suspensión únicamente previo informe del interventor. Y además, goza de preferencia frente a cualquier acción administrativa, inclusive se el procedimiento administrativo se ha iniciado antes de dictada la providencia judicial que en materia penal la impone.

4.1.4.- Otras medidas cautelares reales aplicables a las personas jurídicas

Además de medidas cautelares del art. 550, el COIP regula otras como el secuestro, la incautación, la retención, la prohibición de enajenar, ciertas órdenes especiales y prohibiciones temporales, que sin obstáculo bien podrían aplicarse contra la persona jurídica procesada. Respecto de estas medidas cautelares reales, el legislador ha dejado en el juzgador la potestad de su determinación en cuanto a la fijación del monto se refiera. Es así que, el art. 554 exige como presupuesto necesario la *equidad* a la hora de la fijación de los montos que para garantizar las obligaciones de la persona procesada –dentro de la que se cuenta la jurídica–, tomando siempre como referencia que los valores de esos montos sean los necesarios o suficientes. Dicha equidad, en uno de los términos comunes del Diccionario de la Lengua Española y en lo que compete al contexto de la palabra empleada en el citado artículo 554, equivale a la «*moderación en el precio de las cosas o en las condiciones de los contratos*»¹¹²¹, y de forma puntual, en el campo jurídico es entendida como un «*principio de*

¹¹¹⁷ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Proceso penal y», cit., p. 125.

¹¹¹⁸ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica» cit. p. 599.

¹¹¹⁹ Vid. DE LA ROSA CORTINA, J., «Las medidas cautelares», cit., p. 591. Teniendo como finalidad mixta, es decir entre civil y penal y que en su auto, el Juez que la acuerde deberá al menos determinar con exactitud su contenido y todos los particulares del caso. Se trata ésta de una medida cuya flexibilidad implica una libertad que se aprecia no solo en esta sino también, en las demás medidas cautelares, lo cual da un amplio margen de actuar para el juzgador y la fiscalía, pero también de discusión acerca de si se respetan o no los principios antes citados (excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad, instrumentalidad y temporalidad).

¹¹²⁰ Vid. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 598.

¹¹²¹ Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=FzCUhhq>

justicia material que debe ponderarse en la aplicación de las normas en atención a las circunstancias del caso»¹¹²².

La incautación¹¹²³, el secuestro, la retención y, la prohibición de enajenar, son medidas que bajo nociones del *periculum in mora*, permiten asegurar los posteriores efectos de la ejecución referidos a la parte pecuniaria o patrimonial, es decir, se tratan de medidas *indemnizatorias*¹¹²⁴.

- a) La incautación, secuestro, retención y, prohibición de enajenar. Con la imposición de estas medidas cautelares, en la incautación el COIP contempla la posibilidad de que se puedan vender los bienes incautados aún contra la voluntad de la persona jurídica procesada, la que en caso de ser declarada inocente percibirá el producto de la venta. Aquellos bienes que no se puedan vender serán devueltos al propietario en caso de ser declarado inocente. Si por el contrario, la persona jurídica es declarada culpable, sus bienes incautados servirán para cubrir el pago de la multa y la reparación integral, y su remanente –en caso de haberlo– deberá ser devuelto a su propietario, con excepción de aquellos bienes vinculados con infracciones de lavado de activos, terrorismo, trata de personas, tráfico de migrantes y drogas que en su totalidad serán transferidos directamente al Estado pudiendo, inclusive, ser vendidos de ser el caso.

Respecto de la posibilidad de venta de los bienes incautados a una persona jurídica, se aboga por la necesidad de que sea el juzgador –a la hora de imponerla como medida cautelar– quien bajo criterios de necesidad, determine la venta o no de los bienes muebles, y no solamente esa facultad radique en el administrador en los términos del numeral 3 del art. 557 del COIP.

Las reglas relativas a la incautación constan en el art. 557 del COIP, en donde, además, se prevé la figura de la denominada «*quiebra financiera fraudulenta de la persona jurídica con patrimonio negativo*», en cuyo caso, se establece que el dinero obtenido con el remate de destinará al pago de los derechos de los acreedores de la entidad. En este caso se debe considerar la posibilidad de que primero se pague a los acreedores que directamente fueron víctimas del delito y que en esa calidad impulsaron el proceso penal contra la entidad, esto en ejercicio del derecho a la

¹¹²² IBIDEM.

¹¹²³ En la incautación el legislador ha previsto la creación de una entidad pública administradora que sería la competente para resguardar, mantener en depósito, custodiar y administrar el producto de la incautación. En el caso de bienes y valores vinculados a delitos de drogas, lavado de activos, terrorismo y su financiación, la entidad competente conforme al art. 557 del COIP es el relacionado en materia de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

¹¹²⁴ Vid. VACA ANDRADE, R., «Derecho Procesal Penal», cit., p.22.

reparación integral; luego en caso de remanente, se considere la posibilidad de pagar a otros acreedores.

La incautación, obligatoriamente deberá ser impuesta como medida cautelar en el caso de las infracciones contra la naturaleza (art. 551 COIP) y en otros que expresamente señale el COIP.

La retención, el secuestro y el embargo, operan sobre bienes muebles bajo regulación del COGEP como norma supletoria, pero al igual que la prohibición de venta y las demás medidas cautelares, siempre en estricta observancia a los criterios de necesidad del *fumus* y del *periculum*.

- b) Órdenes especiales. Las órdenes especiales que regula el art. 551 del COIP, consisten en actuaciones procesales que a título de medida cautelar el juzgador puede imponer también a personas jurídicas¹¹²⁵. Se trata de órdenes de inmovilizaciones de fondos, bienes y cualquier otro activo de propiedad ya sea directo, vinculado, o que estén bajo control directo o indirecto de la persona jurídica procesada. En esencia, se trata de una medida cautelar de carácter real encaminada a asegurar o precautelar que dichos activos permanezcan por una parte como evidencia, y por otra, para precautelar la posible reparación integral y el pago de la multa.

Estas órdenes a título de medidas cautelares son perfectamente aplicables a las personas jurídicas, así expresamente lo establece el citado art. 551, al señalar que lo que se va a inmovilizar está en manos de una persona jurídica, sin embargo, y pese a que el legislador ha resaltado –y aunque no lo hubiera dicho– que para interponérselas se deberá resolver en «*audiencia oral pública y contradictoria*», la regulación no delimita si las órdenes especiales para inmovilizar activos, bienes y fondos, recaen solamente sobre los vinculados con la infracción o si por el contrario recaen también sobre aquellos que no están vinculados con la infracción penal.

Respecto de la cuestión planteada, por una parte, y atendiendo a criterios de necesidad y pertinencia, debería referirse únicamente a aquellos bienes, activos y fondos vinculados directamente con la infracción, esto a su vez, en precautela de derechos de terceros que pudieran ser los socios de buena fe, proveedores y

¹¹²⁵ Como también lo advierte VACA ANDRADE, R., *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico Integral Penal*, Tomo II, Ediciones Legales, Quito, 2014. Al respecto el autor considera que el art. 551 prevé la posibilidad de que a petición del fiscal, el juez puede ordenar esta clase de medidas cautelares contra las personas jurídicas.

trabajadores ajenos a cualquier tipo de vínculos con la infracción. Por otra parte, la opción de que sean bienes, activos y fondos de la persona jurídica que no necesariamente estén vinculados con la infracción penal, puede resultar excesiva la medida a la hora de que el juzgador penal al momento de su elección cautelar, decida escoger algún bien que por no estar, precisamente, vinculado con la infracción sea indispensables para el buen funcionamiento de la empresa persona jurídica y que de él dependan actividades legítimas de trabajadores y negocios de terceros de buena fe. Luego, una posibilidad cautelar menos gravosa en estos casos sería que en lugar de adoptar esa clase de medida, aplique alguna de las indicadas en el art. 550, dejando a salvo las del 551, y de esta manera no afectar derechos de terceros como los indicados *supra*. Y si de todos modos quiere precautelar la reparación integral, puede disponer adicionalmente una medida cautelar real del art. 549. Sin embargo, puede que las medidas *contra societatem* del art. 550, así como las del 449 resulten insuficientes para garantizar la reparación integral, en cuyo caso, podría caber la posibilidad de que además escoja una de las del cuestionado art. 551.

La reflexión esgrimida en el párrafo anterior tendría asidero en un doble sentido: i) ante la posibilidad de la insuficiencia de otros bienes que permitan a futuro garantizar la reparación integral en caso de sentencia condenatoria; y, ii) ante la necesidad preventiva de que con dichos bienes fondos o activos la persona jurídica pueda cometer futuros ilícitos, cohecho por ejemplo.

- c) Prohibiciones temporales como medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas. Mediante esta clase de medidas cautelares, conforme al art. 556 el juzgador está facultado para prohibir temporalmente, por un lado, la transferencia, conversión, enajenación o el movimiento de fondos, activos, inversiones, acciones, participaciones y bienes; y, por otro, para ordenar la custodia o el control temporal de esta clase de bienes hasta que exista sentencia definitiva. Estas prohibiciones al igual que las órdenes especiales resultan cuestionables respecto de su no determinación sobre si recaen o deben recaer sobre los bienes, fondos, activos inversiones, acciones y participaciones vinculados con la infracción; o si por el contrario, recaerán sobre esos bienes de la persona jurídica aunque ellos no estén vinculados necesariamente con la infracción. Respecto de esta cuestión, al igual que el caso anterior, ha de inclinarse por la opción cautelar de aquellos bienes descritos en el citado artículo, siempre en la medida que éstos estén vinculados con la infracción, o en caso de insuficiencia de las otras medidas cautelares reales que se les pueda imponer.

- d) Las medidas cautelares sobre bienes en juicios. Dos medidas cautelares reales sobre bienes en juicio ha previsto el legislador para su imposición con el fin de garantizar, exclusivamente, la reparación integral conforme al art. 555. Se trata de la prohibición de enajenar y de la retención de las cuentas que tenga la persona jurídica procesada. Estas medidas cautelares deberán ser necesariamente impuestas por el juzgador si la persona ya sea natural o jurídica es llamada a juicio, y siempre que no se las hubiera interpuesto anteriormente. Es decir, se trata de medidas de obligatoria imposición con la única condición de que se las imponga en el *auto de llamamiento a juicio* durante la AEPJ.

Por tratarse de medidas cuyo condicionamiento obligatorio de imposición recae sobre una valoración indiciaria final –en la AEPJ– previo al juicio. Ha de entenderse que recae sobre todos los bienes de la persona jurídica procesada, en caso de la prohibición de enajenar tratándose de bienes susceptibles de afectación por esta medida; o de todos los bienes susceptibles de retención, es decir, de todas las cuentas que tenga la persona jurídica.

- e) Inhabilitación o destrucción de maquinaria pesada. El segundo inciso del art. 551, además de la incautación prevé como órdenes especiales en los casos de delitos contra el medio ambiente y la naturaleza y en otros casos expresamente determinados en el COIP, la inhabilitación o la destrucción de maquinaria pesada, dice la norma, *que por su naturaleza cause daño ambiental o sea de difícil movilidad*. Esta medida cautelar a título de órdenes especiales bien puede ser dispuesta por el juzgador en contra de algún maquinaria de propiedad de una persona jurídica procesada, pues, los delitos contra el medio ambiente, naturaleza o pacha mama forman parte del catálogo *numerus clausus* de delitos atribuibles.

En conclusión, las dos medidas cautelares especiales (arts. 551 y 556) presentan la incertidumbre respecto de si deben recaer sobre todos los bienes de la personas jurídicas, o si por el contrario deben imponerse solamente sobre determinados bienes. En este sentido, se considera que en uno y otro caso el juzgador deberá en ejercicio de esa interpretación constitucional que sugiere el COIP en el art. 13, así como de los criterios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad, aplicar ya sea las órdenes especiales o la prohibición temporal únicamente respecto de los bienes, activos, fondos, acciones o participaciones que se obtengan con el beneficio directo o indirecto de la infracción penal que se persigue, en la medida que ello sea factible; o en su defecto, de no ser factible esa posibilidad, deberá

imponérselas sobre aquellos bienes que sin estar vinculado directamente con la infracción, permitan asegurar ya sea la reparación integral y el pago de la multa, así como evitar la comisión de futuras conductas delictivas, precautelando derechos de terceros de buena fe.

Una posible solución expresa a la cuestión de la procedencia de las medidas cautelares sobre la totalidad o sobre determinados bienes de la persona jurídica, se vislumbra en la regulación peruana, cuando respecto de las medidas cautelares el art. 313-A de la «*Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*», señala como una de ellas a la «*prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza de aquellas con cuya realización se habría cometido, favorecido o encubierto el delito*»¹¹²⁶.

En cuanto a las medidas de *inmovilización de fondos*, la *prohibición de mover fondos*, y la *retención de las cuentas* de los arts. 551, 556 y 555, respectivamente, habrá que analizar la concurrencia o no con la medida cautelar de intervención, la que necesariamente requerirá de que no se impongan las medidas advertidas en este párrafo, precisamente, para los propósitos intervencionistas.

4.1.5.- Caución y persona jurídica

Ubicada fuera de las medidas cautelares personales y de las reales, en un Parágrafo intermedio entre unas y otras, la caución consiste en una medida que no presentaría reparos en cuanto a su procedencia o no como medida cautelar aplicable a las personas jurídicas, en la medida que la intención del legislador no sea solamente la de suspender con ella los efectos de la prisión preventiva.

En caso de que la caución proceda únicamente para suspender los efectos de la prisión preventiva, en atención a un trato procesal equitativo, y bajo la consideración de que las medidas *contra societatem* son de carácter personales, se hace necesario *de lege ferenda* contemplar la posibilidad de aplicación de esta medida cautelar para las personas jurídicas, en aras a suspender los efectos ya sea de la clausura, de la suspensión o de la intervención judicial o, inclusive, como medida independiente como ocurre en México, por ejemplo, con alguna de sus modalidades¹¹²⁷. En cuyo caso conforme al art. 544 se deberán verificar los casos de inadmisibilidad, su trámite (art. 545); sus formas como la hipoteca, la prenda, el dinero, la póliza y la garantía (art. 546); respecto de su ejecución, será necesario en el art.

¹¹²⁶ Ley 30.424.

¹¹²⁷ Respecto de las modalidades de la caución, la regulación mexicana de la RPPJ, ha considerado como medida cautelar en el art. 155 del CNPP, la exhibición de una garantía económica. Gallardo Ediciones, Código Nacional de Procedimientos Penales, disponible en: https://www.libcientifica.com/libro/codigo-nacional-de-procedimientos-penales-2019_111759

547 incorporar la particularidad de la comparecencia a juicio del representante legal previamente determinado; y, finalmente, en lo que respecta a su cancelación, resulta obvio que el numeral 3 no le resulta aplicable (muerte), y el numeral 5 debería ser enmendado, aumentando que, *en caso de las persona jurídica, cuando se dicte auto que revoque alguna de las medidas del art. 550 que le haya sido impuesta.*

Ahora bien, toda vez que las medidas del art. 550 están llamadas a evitar la consumación delictiva o que se menoscaben bienes jurídicos, en todo caso, por proceder la caución en delitos que no superan los cinco años, bien cabría la posibilidad de discutirse –según la naturaleza y la valoración de los indicios que exige el *fumus*– la suspensión de los efectos que conlleva alguna de esas medidas con la interposición de la caución, teniendo en cuenta además, la mitigación que con ello se hará del daño que una medida cautelar puede causar tanto a la propia persona jurídica cuanto respecto de terceros.

4.1.6.- Necesidad de otras medidas

Pese a que como se advirtió al inicio de este epígrafe, el análisis principal se centra sobre las medidas cautelares, sin embargo, cabe reflexionar la posibilidad de complementarlas con determinadas *prohibiciones*, en aras a ejercitar los presupuestos que exigen el *fumus* y el *periculum*, sobre todo, a la hora de precautelar evidencia en ejercicio de la finalidad «*evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción*» (art. 519.3 COIP). En ese sentido, la experiencia mexicana contempla algunas alternativas como *la prohibición del administrador de acercarse al domicilio de la empresa; y, la separación inmediata del administrador del domicilio de la empresa*¹¹²⁸.

5.- Duración de las medidas cautelares

El legislador ecuatoriano no ha previsto tiempos de duraciones mínimos ni máximos para las medidas cautelares que se dicten contra las personas jurídicas, ello toda vez que como se advirtió *supra*, el sistema de aplicación de las medidas cautelares conforme al COIP bajo parámetros del *fumus bonis iuris* o *fumus commissi delicti*, prevé la valoración puntual y la necesidad de su imposición con la exigencia de observación de los criterios de necesidad y proporcionalidad en el análisis de la evidencia, tanto al momento de imponerlas por primera vez cuanto en la necesidad de la vuelta a valorar los indicios, esto último, precisamente

¹¹²⁸ Art. 115 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf

regulado en la posibilidad de la revocatoria, sustitución y revisión de la medida cautelar (art. 521 COIP).

Sin embargo de lo indicado *supra*, es necesario apuntalar la necesidad de establecer límites máximos, toda vez que resulta incongruente o injusto que una medida cautelar dure un tiempo excesivamente largo o igual que los plazos de las penas. Esta situación resulta preocupante respecto de las personas jurídicas dado la condición de medida cautelar personal que ostentan las del art. 550. De ahí que, se abogue de *lege ferenda* por la necesidad de una regulación del tiempo máximo de duración¹¹²⁹, que bien podría ser de la mitad de la pena mínima del delito por el que se investigue o procese a la persona jurídica; o a su vez, reglamentar la caducidad de estas medidas en atención a circunstancias de la gravedad de los delitos como en el caso de la prisión preventiva (art. 541 COIP).

6.- Sustitución, revocatoria y caducidad de las medidas cautelares *contra societatem*

El legislador ecuatoriano no ha previsto regulación puntual para los casos de revocatoria, caducidad y sustitución de las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas, sin embargo, en un análisis sistemático del libro segundo del COIP, se advierte que el art. 607 señala como uno de los efectos del sobreseimiento la revocatoria de todas las medidas cautelares que se hayan interpuestos a la persona procesada, dentro la cual, obviamente, consta la jurídica. Además, conforme al art. 619.5, la decisión que ratifique el estado de inocencia, conlleva la revocatoria de todas las medidas impuestas contra la persona procesada. Como se puede notar, las citadas normas señalan dos causas de revocatoria de las medidas cautelares impuestas contra la persona jurídica, el sobreseimiento y la decisión ratificatoria del estado de inocencia.

Empero, pese a que el COIP no determine de forma expresa cuestiones de revisión de las medidas cautelares impuestas a las personas jurídicas, sin embargo, el art. 520 que contienen las reglas generales de las medidas cautelares, en la regla 3ª prevé la posibilidad de que el juzgador en audiencia contradictoria, considere *solicitudes de sustitución, revocatoria*, así como ofrecimiento de caución. La citada regla es

¹¹²⁹ Acerca de la temporalidad de las medidas cautelares mucho se ha discutido. Eco de ello, en España la FGE, de conformidad con lo establecido en el CP art. 66 bis, concibe que las medidas cautelares no podrán superar en duración a la pena homónima que pudiera imponérsele conforme al artículo antes mencionado.

reforzada en el art. 521 según el que, es procedente la revisión, la suspensión y la revocatoria de las medidas cautelares cuando: a) se presenten hechos o evidencia nueva que acrediten hechos antes no justificados (en caso de la sustitución); b) desaparecen las causas que dieron origen a las medidas cautelares impuestas anteriormente (en caso de la revocatoria) o la suspensión. Respecto de la suspensión, en el caso de la intervención como ya se ha indicado, procederá únicamente previo informe del interventor, que por cierto, deberá ser positivo para que proceda.

Como se observa, las advertidas regulaciones permiten afirmar que bien puede una persona jurídica solicitar la revocatoria –fuera de los casos de sobreseimiento y ratificación del estado de inocencia–, la sustitución, y la suspensión de las medidas cautelares que le hubieren sido impuestas.

En cuanto a la caducidad, ya que en el COIP hasta ahora el legislador nada ha dicho respecto de estas cuestiones en materia de RPPJ, por los argumentos expuestos en el sub epígrafe 5, y además, por la necesidad de un trato procesal equitativo, se insiste en la necesidad *de lege ferenda* de la determinación de límites de duración de las medidas cautelares *contra societatem*.

7.- Persona jurídica y quebrantamiento de medidas cautelares

Para la realización de su finalidad, el cumplimiento de las medidas cautelares por parte de las personas jurídicas es inmediato (art. 520.5) y controlado por el juzgador (art. 520. 8), más aún, como se indicó supra, dado la actividad riesgosa de la empresa y de la naturaleza preventiva que ostenta la RPPJ.

En caso de incumplimiento de una medida cautelar por parte de una persona jurídica, sufrirá ésta la imposición de una medida mucho más eficaz y por ende grave. En efecto, el COIP en el art. 520.7 es claro al señalar las consecuencias del incumplimiento de una medida cautelar que haya sido impuesta en el desarrollo de un proceso penal, facultándole al fiscal solicitar «*su sustitución por otra medida más eficaz*», en este caso, que de todas formas, merecerá por parte del juzgador, el análisis de los criterios advertidos en este epígrafe.

La presente regla, no ofrece conflictos de incompatibilidad respecto de su aplicación a las personas jurídicas en caso de incumplimiento de las medidas cautelares.

8.- Estándar probatorio de las medidas cautelares

Los advertidos criterios legales, así como los tradicionales –que de alguna forma se encuentran ejercitados en los legales–, sugieren también la necesidad de que para efectos de imponer una o más de las medidas cautelares contra la persona jurídica, se parta de la necesaria condición del momento procesal –para efectos de la valoración de los elementos de convicción o indicios que le servirán de sustento al juzgador bajo las finalidades legales advertidas– para imponerlas o denegarlas.

En este sentido, se sugiere que el estándar probatorio para la imposición de las medidas, en atención al estado inicial del proceso sea de *juicios indiciarios*, es decir, la valoración positiva de indicios necesarios que se refieran sobremanera a los hechos en los que se funde la imputación de la persona jurídica¹¹³⁰ procesada. Lo contrario, dará lugar a que el juzgador deniegue la solicitud de la aplicación de la medida.

9.- Las medidas de protección

Pese a que este epígrafe versa sobre las medidas cautelares, en este sub epígrafe como un apéndice se introduce este somero análisis de las medidas de protección que se pueden dictar contra las personas jurídicas procesadas.

Respecto de esta clase de medidas, el art. 519 recoge también sus finalidades, entre las que destacan: a) la protección de los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal; y b) evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas o que desaparezcan elementos de convicción.

Las medidas de protección se dictarán al igual que las cautelares, en apego a las reglas del art. 520 y 521, esto es, fundamentación fiscal, motivación judicial, criterios de necesidad y proporcionalidad, pueden ser revisadas (sustituidas, revocadas, suspendidas), entre otros.

De las 11 medidas de protección indicadas en el art. 588 del COIP, la prohibición de realizar actos de persecución o intimidación a la víctima o a su familia, de forma directa o mediante terceros; la suspensión del permiso de tenencia de armas o su retención; la suspensión de la actividad contaminante o que afecta al medio ambiente cuando existe peligro de daño para las personas, el ecosistema, los animales o la naturaleza; y la orden de desalojo, les pueden ser perfectamente aplicables a las personas jurídicas procesadas en aras al cumplimiento de sus finalidades.

¹¹³⁰ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las medidas cautelares en los procesos penales frente a las personas jurídicas», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 323-328.

IV. El procedimiento penal de la persona jurídica

1. Planteamiento

La proclamada independencia de responsabilidades a la que se refiere el art. 49 del COIP, con implicaciones directas en el procesamiento de la persona jurídica, presenta en Ecuador dos escenarios de discusión, referidos por una parte, a la necesidad de iniciar una instrucción fiscal contra la persona jurídica con o sin la determinación o identificación de la persona natural generadora del «*hecho de referencia*»; y, por otro, con la concurrente prosecución penal o no en idéntica situación, en las etapas de evaluación y preparatoria de juicio y en la de juicio –esto dentro del procedimiento ordinario–.

Pero en Ecuador además del ordinario, existen otros procedimientos penales como el abreviado, directo, expeditos y del ejercicio privado de la acción penal. De ahí que, puesto que el sistema *numerus clausus* de delitos implica la existencia de un catálogo, es necesario determinar el o los tipos de procedimientos penales con los que se pueda procesar a una persona jurídica conforme a los arts. 49 y 50. Y es que la referida independencia, va a tornar debatible toda la estructuración misma de los procedimientos a los que se les pueda someter a una persona jurídica. No obstante de ello, dado la importancia, complejidad, y dado a que al parecer el ordinario se vislumbra como el procedimiento «*más amigable*» para procesar a la persona jurídica¹¹³¹, en este epígrafe se realiza un recorrido sistemático y analítico por esta clase de procedimiento, advirtiendo los posibles conflictos que presenta la regulación actual ideada y estructurada para la persona natural, esto con el objetivo de establecer compatibilidades o incompatibilidades, y también o reforzar la idea de un procesamiento autónomo o a su vez negarla. Dado la nula experiencia procedimental, jurisprudencial y doctrinaria ecuatoriana, los métodos elementales que orientan este apartado es el exegético y el analítico, con el auxilio del comparativo.

2.- La persona jurídica en la investigación previa

Conforme al COIP los sujetos procesales son el procesado y la víctima, la fiscalía y la defensa. Interesa en este trabajo la persona jurídica a la que se la aborda tanto en su condición de sospechoso o investigado en la fase de indagación previa, cuanto en su calidad de procesada propiamente dicha y ya desde la etapa de instrucción fiscal hasta la de juicio.

¹¹³¹ Al menos en el actual estadio procedimental ecuatoriano, dado entre otros factores, al tiempo de duración de la instrucción fiscal en casos de no flagrancia (90 hasta 120 días).

En determinados sistemas penales, la etapa de investigación o instrucción se constituye en el momento esencial de la constitución de prueba, reduciendo la celebración del juicio oral a una mera formalidad posterior. Por el contrario, en un sistema acusatorio como el ecuatoriano, la fase de investigación es meramente preparatoria. En este sentido, se indica que el nuevo sistema de investigación judicial no es de naturaleza probatoria y que sólo tienen valor informativo para fiscales y policías, y que únicamente se convierten en elementos probatorios cuando son practicados o producidos en el juicio oral¹¹³².

La fase de investigación previa tiene como finalidad el recaudo de la evidencia de cargo y de descargo. La primera de ellas encaminadas a la determinación de la existencia del delito, de la identidad del o los autores y la víctima, y del daño causado. Es ahí donde una persona jurídica adquiere la calidad de sospechosa, pues, a es a partir de ahí donde se procede a investigar los hechos que en adelante se le imputarán –de tener éxito la investigación previa para la fiscalía– como sujeto pasivo del proceso penal.

Para efectos de ir clarificando conceptos, según la RAE, en su primer significado, sospechoso es la persona «*que inspira sospecha*»¹¹³³, y el verbo «*sospechar*» equivale a «*considerar a alguien como posible autor de un delito o una falta*»¹¹³⁴. Así mismo, «*sospechoso*» es un término que se aplica a una persona contra quien se dirige un interrogatorio, dado que respecto de ella existen fundadas presunciones de su presunta participación.

Entonces, dadas las posibles definiciones de «*sospechoso*», pretendiendo aquí ensayar una propia para la persona jurídica, se ha de indicar que «*persona jurídica sospechosa es aquella entidad de derecho privado, que en los sistemas jurídicos donde se le atribuye responsabilidad penal, se ve inmiscuida en investigaciones pre procesales, por existir en su contra presunciones de haber facilitado la consumación de infracciones penales atribuibles, o al menos, por haber sido interrogada en una investigación dirigida en su contra*».

Pese a tratarse de una fase pre procesal, no se puede desconocer el derecho de la persona jurídica al debido proceso (arts. 76 y 77 CRE), ni a las garantías¹¹³⁵ y principios procesales (art. 5 del COIP). Esta advertencia es importante, toda vez que, si se admite que su juzgamiento penal es autónomo, deberá en esta fase el fiscal permitir no solamente la posible

¹¹³² Vid. RIEGO, C.; DUCE J., M., *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007.

¹¹³³ Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=YS0AYWo>

¹¹³⁴ Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=YRz82Nc>

¹¹³⁵ De similar parecer es ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

comparecencia de la persona natural sospechosa, sino también de la persona jurídica presuntamente beneficiada por la infracción, es decir, permitírsele a ésta personarse a la investigación que se esté llevando en su contra, y así darle la posibilidad de ir preparando su defensa conforme finalidad de esta fase¹¹³⁶.

Tomando en consideración que las investigaciones previas duran de uno a dos años, según se trate de delitos sancionados con penas de hasta cinco años o más, durante esos lapsos de tiempo el fiscal debería por todos los medios legales agotar todas las pesquisas tendientes a cerciorarse al menos de los siguientes elementos de imputación: a) que se trata de una persona jurídica de derecho privado, b) que el delito que se le pretende atribuir sea de aquellos que forman parte del sistema de *numerus clausus*, c) que se trate de un delito corporativo, d) la presencia de indicios que hagan presumir que existen acciones tendientes a beneficiar a la persona jurídica o asociados, así como de la existencia del real beneficio en caso de haberlo, y porque no, la existencia o no de medidas eficaces de control o de un programa de cumplimiento. De esta manera se precautela por una parte, la reputación de la empresa en caso de que no exista alguno de los elementos de imputación indicados; y por otro, se cumple con otra de las finalidades de esta fase.

Así, la advertida autonomía procedimental va tornando eficaz desde esta fase pre procesal el posible o futuro procesamiento penal contra la persona jurídica, ya que no hará depender la posterior prosecución del proceso de la determinación de la persona natural que ha generado el «*hecho de referencia*».

3.- La declaración de la persona jurídica

La declaración como institución jurídico-penal tiene su recorrido durante el proceso penal, y a medida que éste avanza aquella adquiere diferentes designaciones y también connotaciones por el estado del proceso cuanto por la calidad de quienes la rinden. Así, durante la fase de investigación previa y de instrucción fiscal la declaración toma el nombre de versión, que se la realiza libre y sin juramento; luego, en casos de testimonios urgentes, o ya durante el juicio, adquiere la categoría de testimonio que se lo realiza con juramento o sin él, en el primer caso bajo pena de perjurio, en el segundo bajo pena de falso testimonio.

¹¹³⁶ A toda persona incluida la jurídica, le asiste como premisa el constitucional derecho a la defensa. Luego, a la jurídica, pese a estar representada judicial y extrajudicial por una persona natural, no se le pueden obviar las solemnidades de la ley, al contrario, su procesamiento se efectuará también precautelando el cumplimiento del debido proceso y el derecho a la defensa de la persona en todos sus alcances, dado su específica condición.

Al igual que muchas otras instituciones procesales, en ésta el legislador ecuatoriano no ha especificado nada respecto de su ejercicio en la persona jurídica, lo que si bien imposibilita su análisis regulatorio puntual, sin embargo permite abordar su necesidad práctica dado la situación de sujeto pasivo del proceso penal que adquiere la persona jurídica a la que le pretende atribuir responsabilidad a través, precisamente, del proceso; y además, por cuanto, si se asume la independencia de responsabilidades y el modelo de autorresponsabilidad, es indispensable en este punto, su tratamiento procesal autónomo.

De ahí que, *de lege lata* se puede sostener que será el representante legal o judicial de la persona jurídica el llamado a declarar por ella, pues, partiendo de la premisa legal de que son los sujetos procesales los llamados a presentar en forma oral sus motivos o argumentos jurídicos (art. 5.13 COIP), le asiste entonces a la persona jurídica procesada el derecho de «*ser oída*»¹¹³⁷ por medio de su representante. Sin embargo, en la práctica pueden presentarse situaciones particulares que como se verá *infra*, impidan o al menos que tornen cuestionable la declaración de ese representante.

A continuación se analizan las diversas formas de declaración de la persona jurídica tanto en la fase pre procesal cuanto en la procesal propiamente dicha.

3.1- La versión de la persona jurídica

Por versión se entiende a la declaración que sin juramento y sin las necesarias formalidades del caso se la practica en dos momentos del proceso penal, y que según sea del caso, surtirán diferentes efectos procesales. Así, por un lado, si se la rinde durante la investigación previa y de tratarse de la versión del sospechoso, necesariamente tendrá que garantizársele el derecho a contar con un abogado; mientras que, tratándose de versiones de terceros o de la víctima, no necesariamente se observará el requisito del abogado; en cambio durante la instrucción fiscal siempre se notificará para las versiones advirtiendo la presencia del abogado¹¹³⁸.

Ahora bien, de estar una persona jurídica involucrada en calidad de sospechosa en una investigación previa, en el caso ecuatoriano será su representante legal la persona a quien el fiscal debe convocar a rendir la versión. Si anterior a la versión, no se ha hecho conocer al

¹¹³⁷ Como señala respecto de la RPPJ en España DEL MORAL GARCÍA, A., «Comparecencia, declaración y representación de la persona jurídica», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp.289-299.

¹¹³⁸ Durante la instrucción fiscal, la notificación a las toma de versiones a los sujeto será obligatoria; mientras que en la investigación previa la versión de terceros se puede llevar a cabo libremente sin previa notificación al sospechoso (si aún no se cuenta con éste). Aunque lo correcto sería que en esta fase pre procesal se haga comparecer lo más pronto posible al sospechoso para que comparezca con abogado no solamente a su versión, sino también a todas las otras versiones y demás diligencias.

representante legal de la persona jurídica la existencia de una investigación en su contra, será la notificación para rendir su versión el acto formal con el que se le haga conocer dicho particular. Sin embargo, muy a pesar de que sea al representante legal a quien se le notifique con el inicio de una investigación previa en contra de la persona jurídica, no será necesariamente aquel quien deba rendir su versión respecto del ilícito que se le pretende atribuir a su representada, puesto que, la entidad bien puede que en sus estatutos haya estipulado a cualquier otra persona de su seno o de fuera ella; o puede que quizás, el representante legal tenga la facultad de designar a un tercero para estos efectos. En estos dos casos se estará ante la figura del representante judicial «*especialmente designado*»¹¹³⁹, y será quien comparezca a litigios en representación de la persona jurídica, quizás bajo coordinación de su departamento legal de la entidad y del representante legal.

Ante la situación advertida, la fiscalía bien puede contar con la versión de la persona autorizada por la empresa para el evento, o también de considerarlo necesario, contar además con la versión del propio representante legal. Pero el COIP no dice nada en los casos en los que el representante legal especialmente designado para el efecto no comparezca a rendir la versión. Una solución factible la ofrece el Derecho procesal comparado, concretamente el español, que en el art. 409 de la LECrim, establece que en los casos de incomparecencia de la persona designada por la jurídica se tendrá por celebrado el acto, asumiéndose que en este caso la persona jurídica se acoge al derecho de no declarar¹¹⁴⁰. En Chile, el llamado a rendir la declaración es el representante legal, y en caso de incomparecencia se opta por la conminación a través de la fuerza pública¹¹⁴¹; luego, de no haber representante legal, conforme al art. 23 la Ley 20393 se procederá a la designación judicial de un curador *ad litem* encargado, que cumplirá funciones de un defensor público, y si de todos modos no se presentan ningún representante legal, las diligencias se realizarán con la presencia de este curador o de su defensor de confianza designado, los dos bajo la advertencia de apercibimiento señalado para el representante legal.

Retomando el caso ecuatoriano, pese a que el COIP expresamente no diga nada con respecto a la incomparecencia del representante de la persona jurídica al acto de rendir la versión, sin embargo, el art. 582 perfectamente puede ser aplicable en estos casos sin necesidad de mención expresa de la condición de representante de una persona jurídica. En efecto, del referido artículo se extrae una norma coercitiva tendiente a garantizar la actividad investigativa de la fiscalía, se trata de la identificación de las personas que pueden esclarecer los hechos, quienes una vez identificados serán notificados para que rindan su versión, y en

¹¹³⁹ Como ocurre por ejemplo, en España en el art. 119.1 b) y c) de la LECrim.

¹¹⁴⁰ Vid. RENEDO ARENAL, M., «La imputación de la persona jurídica», en AA.VV., A.J. Pérez Cruz Martín (dir.), A.M. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2017, pp. 93-110.

¹¹⁴¹ Igual situación ocurre en Ecuador respecto de las personas naturales.

caso de incumplir a la segunda notificación serán compelidos a acudir con el auxilio de la fuerza pública. Esto además, con concordancia con el art. 444.14. Estas reglas son perfectamente compatibles con la situación del representante legal de la persona jurídica.

4.- La Persona jurídica en la instrucción fiscal

La instrucción fiscal que comienza en los casos de flagrancia con la audiencia de calificación de flagrancia, y en los de no flagrancia con la audiencia de formulación de cargos, tiene como finalidad (art. 590) la determinación –por parte del órgano acusador– de los elementos de convicción de cargo y de descargo, de cara a formular una acusación o una abstención de la persona jurídica procesada. Como se puede observar, en la etapa de instrucción el legislador ya emplea la denominación de persona procesada para referirse al anterior «sospechoso» o «investigado» de la fase de investigación, y a la vez diferenciarlos. Es aquí, entonces, cuando ya en términos propios, en el sistema penal ecuatoriano la persona jurídica se convierte en sujeto pasivo del proceso penal, cuya condición la adquiere desde el momento de la audiencia ya sea de formulación de cargos o de calificación de flagrancia con las que comienza la etapa de instrucción y, por ende, el proceso penal.

Respecto de la participación de la persona jurídica en esta etapa, se dirá que *«persona jurídica procesada es aquella entidad de derecho privado contra la que fiscalía formula cargos autónomos respecto de los de la persona natural de su seno que ejecute la infracción, por su presunta participación en un delito imputable ocurrido como consecuencia de su defectuosa organización, cometido en su beneficio o provecho, y respecto de la cual se observarán de forma irrestricta todas las garantías básicas del debido proceso»*.

Luego, ya en un análisis más de fondo, el primer aspecto a tratar en su estatus como parte pasiva del proceso penal consiste en la condición bajo la que interviene en el proceso, lo que determinará a su vez, el tratamiento que se le ha de dispensar. Entonces, podemos decir que la calidad de *sospechoso* en la persona jurídica es atribuible desde el momento de la existencia de un injusto presentado en la fase de investigación previa, luego la calidad de *procesado* la asume a raíz del inicio de la instrucción fiscal.

Ahora bien, en esta primera etapa del proceso, es necesario puntualizar la posibilidad o imposibilidad de su inicio, continuidad y su conclusión, cuando no se ha podido determinar a la persona natural que probablemente ha cometido la infracción y que ha originado, a su vez, su procesamiento penal. En este caso, y acudiendo al derecho comparado, una primera opción la plantea la Ley 20.393 en Chile, que en el art. 22 respecto de la formalización de la

investigación contra una persona jurídica, exige como requisito para procesarla, que al menos se haya pedido la realización de una audiencia con la que se formalice la investigación, o bien que se haya presentado un requerimiento de procedimiento simplificado de la persona natural que pudiese dar lugar a la RPPJ.

De optarse *de lege ferenda* por lo indicado en el caso ecuatoriano, dejaría entrever la imposibilidad de iniciar una instrucción fiscal contra la persona jurídica si es que previamente no existe al menos una petición de audiencia de formulación de cargos contra la persona natural. Es decir, se trataría –de asumírsela en el sentido de la normativa chilena– de un impedimento legal a título de cuestiones de procedibilidad que si de hecho se la inobserva, debería discutírsela en sede de la etapa de evaluación. Sin embargo, la regulación chilena presenta serios cuestionamientos relacionados con posibles menoscabos de derechos procesales de la persona jurídica, en el sentido de que supondría otorgarle a ésta un trato discriminatorio en su relación con los otros coimputados personas naturales, siendo por ende, poco garantista¹¹⁴².

En el caso ecuatoriano no existe regulación alguna que condicione, como en el caso chileno, el inicio de la instrucción fiscal en contra de la persona jurídica. De ahí que, se ha de asumir –al menos por ahora y en la medida que también se asuma la autonomía procesal– que no se debe trancar el inicio del proceso penal contra la persona jurídica cuando no se determine a la persona natural de su seno que ha generado el «*hecho de referencia*» penal. Esto por cuanto, además de las consideraciones señaladas *supra* respecto de las críticas al caso chileno, tornaría ineficaz la propia institución de la RPPJ de los arts. 49 y 50, en la medida que, dado su compleja estructura y el ambiente colectivo que se vive en las personas jurídicas, resulta muchas veces complicado y hasta imposible determinar a la persona o personas naturales que cometieron la infracción, indeterminación que en muchos casos va a depender, inclusive, de la propia organización empresarial.

Y es que, además de lo observado, tanto la autonomía de responsabilidades cuanto el condicionamiento de derechos que implicaría la dependencia de la determinación de la persona natural para procesar a la jurídica, podrían generar conflictos de intereses como los que se advierten *infra*. De ahí que, por un lado, se defiende la autonomía entre persona física y jurídica, al punto de que la constatación de la responsabilidad de la primera clase de persona no sea condicionante suficiente para determinar la RPPJ; y además, por otro lado, que los derechos de una y otra son autónomos, tanto en su titularidad como en su ejercicio mismo.

¹¹⁴² Vid. NEIRA PENA, A., «La instrucción de», cit., p. 119.

De ahí que, no es prudente condicionar el derecho de una persona a las circunstancias personales de otra¹¹⁴³.

A pesar de lo indicado, es necesario el análisis de escenarios que bien pueden ocurrir en la práctica para efectos de ir estableciendo alternativas de actuaciones, cuando por ejemplo, se pueda presentar alguna situación relacionada con la imposibilidad o no de determinación de la persona natural y su actuación conjunta en el proceso penal con la jurídica; es decir, un proceso penal solamente contra la persona jurídica, y otro en el que tanto la natural como la jurídica sean los sujetos pasivos del proceso. Situaciones que se irán analizando en la medida del inicio, desarrollo y conclusión de la instrucción fiscal.

4.1.- Los plazos de duración de la instrucción y sus repercusiones en la defensa de la persona jurídica

4.1.1.- En los procedimientos por delitos flagrantes

Los delitos flagrantes condicionan el plazo de duración de la instrucción fiscal a solamente 30 días (más 30 días adicionales en caso de vinculaciones o reformulaciones). Plazo que bajo toda óptica puede resultar, por una parte, insuficiente para la fiscalía, ya que ésta deberá recabar evidencias desde la complejidad de la estructura empresarial; y, por otra, puede resultar perjudicial para ejercitar con eficacia la defensa de la persona jurídica durante la instrucción.

Lo advertido, permite sugerir la necesidad *de lege ferenda* de una regulación puntual o específica de los plazos de duración de la instrucción, en los casos que una persona jurídica intervenga en ella como sujeto pasivo del proceso, o al menos, limitar las potestades del fiscal de anticipar el plazo¹¹⁴⁴.

4.1.2.- En los procedimientos por delitos no flagrantes

Son no flagrantes aquellos procedimientos en los que sin verificarse flagrancia requieren de una *fase previa de investigación*. En esta clase de procedimientos la instrucción fiscal tiene una duración de 90 días (art. 592 COIP), que puede prolongarse hasta 120 días en casos de reformulación o vinculación, aunque la normativa permite al fiscal elegir un plazo de duración

¹¹⁴³ Al respecto se considera que «no se debería retrasar el acceso al proceso de la persona jurídica en calidad de parte, ni el nacimiento de su derecho de defensa, para intentar avanzar en la investigación, ya sea para recabar pruebas en su contra, ya para tratar de determinar al resto de posibles encausados», NEIRA PENA, A., «La instrucción de», cit., p. 119.

¹¹⁴⁴ Tal y como en la actualidad lo establece el art. 592 del COIP.

anticipado. Respecto de este anticipo, cabe reflexionar si puede afectar a una correcta defensa de la persona jurídica, dado la complejidad de la estructura que puede ofrecer una empresa. Esto último, en la medida de que bien puede complicar labores de sus defensores en el ejercicio de una *defensa técnica eficaz*.

En efecto, el plazo anticipado tiene dos connotaciones que deben ser matizadas. La primera que puede darse cuando el fiscal en la audiencia de formulación de cargos solicita un plazo de duración de la instrucción menor al de 90 días; la segunda, referida a los casos en los que habiendo solicitado los 90 días de plazo, antes de su vencimiento, decide solicitar al juzgador que lo anticipe. Los dos casos están en la potestad del fiscal.

De los dos casos advertidos, puede que el primero de ellos llegue a perjudicar la defensa de la persona jurídica, toda vez que, pese a que se conoce la fecha anticipada en la AEPJ, puede resultar complicado en un periodo menor a 90 días ejercitar una defensa de una corporación de mediano o de gran tamaño con miras a buscar, por un lado, que el fiscal se abstenga de acusar por ausencia de indicios, o por otro, que en su defecto, pese a que exista acusación el juzgador sobresea a su empresa defendida. Y es que la situación de la defensa podría complicarse aún más, si se admite el *compliance* como mecanismo de prueba de cara a obtener sobreseimiento o absolución, y le corresponda a la empresa la carga de la prueba.

Lo advertido en el segundo caso, afectará a la defensa de la persona jurídica únicamente en la medida que ésta tenga pendiente de atención o despacho por parte de la fiscalía, alguna diligencia que no haya sido atendida o evacuada y, no obstante de aquello se solicite el anticipo del plazo y, por ende, el cierre de la instrucción.

4.2.- La persona jurídica en la formulación de cargos

En Ecuador una persona es formalmente procesada cuando en audiencia el fiscal le formula cargos y el juez de garantías penales acoge dicha formulación. El acto comienza con la petición de formulación dirigida al juez por parte del fiscal, ya sea en delitos flagrantes como en no flagrantes. En el primer caso, la petición la formula directamente en el acto de audiencia de flagrancia, en la cual se calificará previamente la legalidad de la detención en caso de haber personas detenidas. En este primer momento, si se trata de un delito atribuible a una persona jurídica, y si a criterio del fiscal existen indicios suficientes que hagan presumir que la empresa tiene participación delictiva, en la misma audiencia de flagrancia formulará cargos

contra la persona jurídica, pudiendo, inclusive, pedir contra ésta la imposición de medidas cautelares¹¹⁴⁵.

Ahora bien, esa inclusión formal de la persona jurídica en calidad de procesado, merece algunas puntualizaciones previas que se analizan a continuación.

4.2.1.- Flagrancia y persona jurídica procesada

La flagrancia, conforme a su acepción tradicional, ha sido ideada únicamente para las personas naturales, de ahí que, cabe cuestionarse si en estos casos, de verificarse la flagrancia únicamente en la persona natural que genera el hecho de referencia, es suficiente para inmiscuir en la flagrancia también a la persona jurídica, o si por el contrario, se debe iniciar por flagrancia solamente a la persona natural, y a la jurídica abrirle una investigación previa. La respuesta, por ende, dependerá de la factibilidad o no de acreditar flagrancia a la persona jurídica.

Para tales efectos, el art. 527 del COIP respecto de la flagrancia exige como un condicionamiento que el delito se cometa en presencia de una o más personas. Esta condición puede no ser observada de forma directa en la persona jurídica sino solamente en la natural que genera el «*hecho de referencia*», no obstante, la flagrancia se verificaría precisamente a través de ella. Luego, un segundo condicionamiento no concurrente, cataloga también como flagrancia la comisión delictual que ha sido descubierta *inmediatamente después de su supuesta comisión*. Esta exigencia perfectamente podría encajar en el ámbito de la persona jurídica, cuando por ejemplo, desde las instalaciones de una empresa se vierta desechos contaminantes en el agua de un río, en cuyo caso, deberá además realizarse esa *persecución ininterrumpida* no solamente de el o los posibles infractores personas naturales, sino también de las respectivas pesquisas dentro y fuera de la empresa presuntamente contaminante desde el momento mismo de la *comisión hasta la aprehensión*¹¹⁴⁶.

En resumen, en una asunción garantista y fundada en el hecho de referencia o delito ejecutado por la persona natural, no existiría obstáculo legal total para que según las circunstancias del delito se pueda establecer flagrancia contra la persona jurídica, ya sea de forma conjunta con la natural así como de forma independiente.

¹¹⁴⁵ Conforme al art. 550 del COIP.

¹¹⁴⁶ La aprehensión, en la medida que aprehender sea concebido en términos de la Real Academia Española como «*coger, asir, prender a alguien o algo*», será plenamente atribuible a la persona jurídica cuando se la aprenda físicamente como algo a través de la cual se ha cometido el delito. Pero si aún este argumento no es suficiente, luego la referida norma permite que se considere flagrancia cuando luego de esa persecución ininterrumpida, se encuentre a la persona con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos. En este último caso sería flagrancia cuando, siguiendo con el ejemplo citado, dentro de las 24 horas ininterrumpidas se encuentra en las instalaciones de la persona jurídica el producto del ilícito que en este caso sería los insumos contaminantes.

Luego, la otra posibilidad y al parecer más razonable, consiste en que la flagrancia se verifique en la defectuosa organización de la persona jurídica inmediatamente de cometido el hecho generador de RPPJ.

Entonces, una aproximación de respuesta a la primera cuestión planteada *supra*, consiste en el hecho de que no necesariamente debe verificarse la flagrancia en la persona natural para procesar a la jurídica también por flagrancia, pues, del análisis de la referida norma, se aprecia que bien puede existir flagrancia conjunta o inclusive separada entre las dos clases de personas. Sin embargo, esa interrogante merece el análisis de procedencia un poco más profundo, en el sentido de que se cuestiona si es procedente la flagrancia de la una hacia la otra para recibir el mismo trato procesal –audiencia de calificación de flagrancia y plazos menores de duración de la instrucción–. Para abordar esta cuestión, se ha de volver a la consideración anotada anteriormente, en la medida de que si se asume la autonomía procesal habría que analizar la situación particular de la flagrancia, y en el evento de que solamente se verifique dentro de las 24 horas de persecución ininterrumpida situaciones de flagrancia contra la persona natural de su seno, se debe seguir el procedimiento de flagrancia únicamente respecto de ésta, quedando de esta forma respondida a la vez la primera cuestión; pero, si además de ello se verifica inmediatamente la defectuosa organización, debería también seguirse por flagrancia el procedimiento contra la persona jurídica, con ello, a su vez, queda respondida la segunda interrogante, en la medida que respecto de la persona jurídica no se haya podido acreditar flagrancia, se le deberá iniciar la respectiva investigación previa. Queda entonces, la vía de la posterior vinculación al proceso de la persona jurídica, como se verá más adelante, con la consecuente complicación para su defensa técnica por el corto tiempo de 30 días que en estos casos durará su instrucción.

Resumiendo, si se verifica flagrancia conjunta tanto en la persona natural como en la jurídica, en la misma audiencia de flagrancia se formulará cargos conjuntos contra las dos clases de personas. Luego, si las circunstancias de la infracción permiten que solamente se verifique flagrancia en la natural y no en la jurídica, se ha seguir el proceso de flagrancia solamente contra ésta a la espera de una posterior vinculación o no contra la jurídica. Y, finalmente si conforme a las circunstancias y a la posibilidad analizada del art. 527, se verifica solamente flagrancia en la persona jurídica y no en la natural, se ha de iniciar el proceso de flagrancia solamente contra la jurídica. Pero, el problema de la flagrancia implica en la persona jurídica, como se advirtió *supra*, que el corto tiempo de 30 días que duran las investigaciones en estos casos, torne complicada la situación tanto de la acusación como de la defensa, y tanto en los casos de flagrancia individual o conjunta, o en la vinculación posterior.

4.2.2.- La formalización y notificación a la persona jurídica para que ejerza su defensa en la instrucción

En Ecuador a diferencia de España¹¹⁴⁷, no existe alusión alguna en la Ley penal respecto de a quien ha de realizarse la notificación cuando la persona jurídica está involucrada en la comisión de un delito atribuible, ya sea con la convocatoria a audiencia de formulación de cargo o de flagrancia, así como del inicio formal de la instrucción. Frente a este vacío, quedan dos opciones regulatorias de análisis que apuntan en una misma dirección al representante legal¹¹⁴⁸.

En efecto, por una parte, el COGEP como norma supletoria en el art 33 señala que la persona jurídica deberá ser procesalmente representada por su representante legal o judicial, quien deberá ser citado ya sea de forma personal (art. 54), o mediante boletas (art. 55), y en este último caso la citación se la debe realizar ya sea en el establecimiento, oficina o lugar de trabajo del representante legal, en días y horas hábiles, las boletas deben ser entregadas a uno de sus dependientes o de sus empleados, siempre bajo la previa constatación de que esos establecimientos, oficinas o lugares de trabajo se encuentren activos.

Respecto de las personas jurídicas sujetas a la LC, el art. 6 de esta Ley conmina a que las compañías nacionales o extranjeras que realicen negocios o de alguna manera contraigan obligaciones en el país, tengan un apoderado o representante que conteste las demandas en los procesos judiciales y también que cumpla las obligaciones respectivas.

Luego, ha de diferenciarse conforme al mismo COGEP, lo que ha de entenderse por citación y por notificación, toda vez que ambos términos tendrán repercusiones diferentes en el proceso penal. Así, por citación se entiende el acto comunicacional mediante el cual se le da a conocer al demandado el contenido ya sea de la demanda o de la práctica de alguna diligencia preparatoria (art. 53 COGEP); y, por notificación se entiende el acto comunicacional que permite a las partes procesales u otras personas, conocer todas las providencias que emita el juzgador (art. 65 COGEP). Esta diferenciación es necesaria, toda vez que el propio COIP los emplea indistintamente en el art. 575.2.

Entonces, ha de concluirse que en casos de que se procese a la persona jurídica, se debería –al menos– notificársele con la convocatoria de audiencia ya sea de flagrancia o de formulación de cargos a su representante legal¹¹⁴⁹, y no pretender que en estos casos, por estar detenidas algunas de las personas naturales del art. 49 que no sea el representante

¹¹⁴⁷ En este país, la LECrim en el art. 119, regula la citación a la persona jurídica, ello en relación con el art. 486 de la misma Ley.

¹¹⁴⁸ De contrario parecer es GASCÓN INCHAUSTI, F., «Proceso penal y», cit., pp. 94-95.

¹¹⁴⁹ Así, en México por ejemplo, «la persona jurídica será representada en la audiencia inicial por su representante legal, mismo que deberá estar asistido por un defensor». Vid. URIBE MANRÍQUEZ, A., «Aspectos procesales de», cit., p. 281.

legal, ha de asumirse que se le está notificando tácitamente a la jurídica. Luego, si en la audiencia se decide formular cargos, el acto formal ya se convierte en citación, y debería por ende, seguirse contando con el representante legal en los términos de los arts. 54 y 55 del COGEP, lo contrario podría acarrear vulneración al debido proceso por indefensión.

De tratarse de un proceso penal sin flagrancia, si la investigación le permite al fiscal tener elementos de convicción que hagan presumir la participación de una persona jurídica en un delito atribuible, en caso de estar ya compareciendo el representante legal deberá notificarle con dicha solicitud, caso contrario, se deberá solicitar al juzgador que se proceda a designar y notificar a un defensor público previa presentación de un informe de búsqueda y localización de domicilio o residencia elaborado por los agentes delegados para tal efecto¹¹⁵⁰.

En los casos de flagrancia, el fiscal deberá agotar los mecanismos necesarios, primero para determinar la figura del representante legal, y luego para notificarle con la solicitud de audiencia de flagrancia, todo ello dentro de las 24 horas de persecución ininterrumpida que exige la flagrancia, ello con auxilio del personal de apoyo de investigación respectivo.

En caso de que no se pueda determinar la calidad de representante legal o de su domicilio, el respectivo personal deberá presentar un informe escrito de dicha imposibilidad que servirá para que se cuente con un defensor público quien deberá comparecer a la audiencia de flagrancia, precautelándose de esta manera el derecho a la defensa de la persona jurídica y por ende el debido proceso.

Luego, de acoger el juzgador la petición fiscal de formulación de cargos, deberá citar a la persona jurídica ya sea a través de su representante legal si éste ha comparecido, o a través del defensor público con el inicio formal del proceso penal e inicio de la instrucción fiscal.

Sin embargo, serios reparos se han planteado respecto de si debe ser el representante legal la única persona a la que se deberá citar o notificar con el inicio de las investigaciones o de la instrucción fiscal, respectivamente. Y es que, por más que las normativas supletorias (CC, COGEP y LC) sean las que ofrecen soluciones posibles, no hay que olvidar que en la jurisdicción penal dado su carácter punitivo, los efectos legales son diferentes que los meramente civiles y administrativos. Lo advertido, plantea la necesidad ineludible de que la citación se dirija directamente a la persona jurídica¹¹⁵¹, amén de que como en España¹¹⁵², nada se diga tampoco sobre esta cuestión en Ecuador, y ello en estricta asimilación a la necesidad de notificación personal que se debe realizar a la persona natural contra quien se

¹¹⁵⁰ En la petición que se realiza al juzgador competente, se pedirá que éste señale fecha y hora para la audiencia de formulación de cargos contra la persona jurídica. En caso de acoger la pretensión de formulación de cargos de la fiscalía, el juzgador deberá citar al representante legal de la persona jurídica con el inicio formal de la instrucción fiscal, solamente a partir de entonces, la entidad adquiere la condición de sujeto pasivo del proceso penal.

¹¹⁵¹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Proceso penal y», cit., pp. 94-95.

¹¹⁵² Como lo advierte RENEDO ARENAL, M., «La imputación de», cit., p. 102.

inicia un proceso penal, *so pena* que en caso de inobservancia de esta formalidad en la persona jurídica, proceda la nulidad procedimental advertida en la letra c) numeral 10 del art. 652 del COIP, dado las implicaciones directas en el derecho a la defensa.

Respecto de la necesidad de la citación a la persona jurídica, el derecho comparado de la región ofrece soluciones regulatorias que bien pueden ser consideradas para efectos de ir especificando un estatuto procesal de la persona jurídica en el país. Así, por ejemplo, en Chile la situación resulta expresa en el art. 22 de la Ley núm. 20393 a propósito de la Formalización de la investigación, señala que cuando ha de ser contra una persona jurídica el fiscal debe pedir al juzgador la citación del representante legal de la entidad. Será, entonces, –en el Derecho chileno– el representante legal de la persona jurídica a quien deba notificarse con la formalización del proceso contra su representada.

En sí, lo que se pretende con la citación y notificación, es garantizar que el acusado solamente sea juzgado en ausencia cuando existe constancia de que conoce la existencia de un proceso penal en su contra. La clave se encuentra en asegurarse de que ha habido una efectiva notificación, y que, por lo tanto, la situación de contumacia es una decisión voluntaria e informada del ente que conoce la existencia del proceso. Con la finalidad de que se produzca una citación legalmente válida, no basta con el cumplimiento de los estándares de la citación, sino que debe de garantizarse la efectiva notificación desde el primer momento en su domicilio establecido¹¹⁵³, según se expone en el ordenamiento jurídico.

4.2.3.- La situación del representante legal involucrado en la infracción penal

Puede darse el caso que el representante legal, al ser uno de los posibles sujetos activos del *delito corporativo* conforme al art. 49 del COIP, se vea involucrado en una infracción penal por la que se pretenda procesar también a la persona jurídica. En este caso, se estaría ante un conflicto de intereses o *incompatibilidad de intereses*¹¹⁵⁴, en el que podría presentarse menoscabo del derecho a la defensa de la persona jurídica como se advirtió *supra*, con implicaciones además en la prohibición de autoincriminación y del debido proceso.

¹¹⁵³ En el caso de España, ante la imposibilidad de localizar al ente o de practicar la primera citación de forma efectiva, se le designa un procurador de oficio, sin embargo, a través de este profesional no se garantiza que en efecto esa citación llegue a la persona jurídica imputada y pese a que con la notificación al procurador podría justificarse la decisión de la sentencia condenatoria del ausente, no obstante, la falta de comunicación efectiva sobre la identidad del procurador nombrado de oficio, podría ocasionar la nulidad de los sucesivos requerimientos o citaciones realizados a través del referido profesional. Ya en ese mismo país el art. 119.1. b) del proyecto de reforma establecía que: «*la comparecencia se practicará exclusivamente con el abogado de la entidad. No obstante, la persona jurídica imputada podrá designar expresamente a un representante para que asista a dicho acto junto al letrado. La inasistencia del representante especialmente designado para acudir al acto de primera comparecencia no impedirá la práctica del mismo con el abogado de la entidad*».

¹¹⁵⁴ GONZÁLEZ-CUELLAR, N., «Representación y defensa de la persona jurídica: el posible conflicto de intereses», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 277-288, y en el que además, según el autor, será necesario «*deslindar la representación de la persona jurídica respecto de las personas físicas con las que vaya a compartir el banquillo*».

Frente al advertido conflicto se hace necesario que el juzgador penal, en estos casos, parta en primer momento de la observación se realiza en el art. 33 del COGEP, y con esta directriz genere jurisprudencia inclinándose por la opción de la representación judicial, es decir, advierta la necesidad de no contar como representante legal de una persona jurídica en un mismo proceso penal si éste ha intervenido en la acción delictiva que se investiga, toda vez que la personificación de la entidad en el juicio no es sólo una cuestión simbólica sino que se trata de una garantía de autodefensa¹¹⁵⁵, y una forma de que la persona jurídica pueda articular aquellos actos procesales a los que la ley atribuye un carácter personalísimo¹¹⁵⁶.

Sin embargo, pese a la posibilidad advertida, luego ya en lo que respecta a la designación de ese otro representante, existe también un vacío que no está previsto en el COIP ni el COGEP. Frente a esto, el Código Civil en el art. 570 deja una solución abierta, en el sentido de que al ser las corporaciones representadas mediante ley u ordenanzas respectivas, a falta de éstas será el «*acuerdo de la corporación*» quien la designe. Por lo tanto, descartando la ley penal que no dice nada respecto de suplir al representante legal en conflicto de intereses con su representada, por ahora, se ha de acudir a los acuerdos de cooperación a la hora de establecer quien reemplazará al representante legal cuando éste tenga conflicto de intereses con la empresa o en casos de ausencia. De no haberse establecido previamente en los estatutos el reemplazo, la persona jurídica mediante acto societario en reunión de socios procederá a designar a un representante ya sea *ad hoc* para el proceso o para todas sus posteriores representaciones. Sin embargo, en caso de flagrancia la situación se tensa –si la entidad no ha establecido previamente en sus estatutos el reemplazo de su representante legal–, toda vez que, de concurrir esta situación entre el representante legal como persona natural de su seno y la persona jurídica, ésta dispondrá de tan sólo 24 horas para reunirse y designar el reemplazo –al menos el *ad hoc*– que la ha de representar en la audiencia de flagrancia y probablemente durante todo el proceso.

En una vuelta a mirada al Derecho comparado de la región, Chile presenta una regulación que permite una posibilidad razonable de cara a salvar esta situación, cuando en el art. 23 inciso quinto de la Ley 20393, señala que cuando se formalice una investigación contra el representante legal por el mismo delito por el que se investiga a la persona jurídica «*cesará su representación, y el tribunal solicitará al órgano competente de aquella la designación de un nuevo representante, dentro del plazo que le señale. Si transcurrido el tiempo fijado por el*

¹¹⁵⁵ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Derechos procesales fundamentales», cit., p. 280.

¹¹⁵⁶ Vid. VARRASO, G., «La partecipazione e l'assistenza della persona giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale», en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001*, núm. 231, Ipsoa Milan, 2002, pp. 231-256.

tribunal no se notifica la designación ordenada, el tribunal designará al efecto un curador ad litem».

Fuera de la región, en España la situación ha comenzado a matizarse tanto por la doctrina como por la jurisprudencia¹¹⁵⁷.

Consecuentemente con el advertido conflicto de intereses, es importante que en la designación del representante legal que suplirá al que se encuentra en conflicto, no intervengan quienes se encuentren en calidades de sospechosos o investigadas, y esto bajo la también advertida necesidad de observancia judicial¹¹⁵⁸. Luego, y si a pesar de que la persona jurídica no designe a su representante judicial, queda también sugerida la posibilidad señalada *supra*, esto es, que se cuente con el representante legal que en los estatutos de la corporación (art. 570 CC) está llamado a suplir o reemplazar al principal; y si aún así, de todos modos no se puede determinar a uno, quedará echarle una mirada comparada a la opción chilena de designación de uno *ad litem*.

4.2.4.- Análisis de los primeros elementos de convicción relativos a los presupuestos del art. 49 y 50 del COIP

Sobre este particular han de considerarse dos momentos. El primero, en caso de instrucción con investigación previa, y el segundo, en los casos de instrucción con flagrancia.

En el primer caso, los resultados de la investigación previa conforme a su finalidad, deben conducir al fiscal a determinar la existencia de elementos de convicción que le permitan presumir que existe una infracción penal atribuible a la persona jurídica con los presupuestos del art. 49. Una vez que la investigación previa arroja resultados sobre los elementos de imputación penal de la persona jurídica, y el juzgador en audiencia de formulación de cargos le ha instruido proceso penal, empieza a transcurrir el plazo de duración de la instrucción

¹¹⁵⁷ Así, a propósito de la STS n° 145/2016, respecto del conflicto de interés advertido, se ha indicado que, «*quien ostente su representación en el proceso penal sea la misma persona física (representante o administrador de la empresa) que, precisamente, es acusada del delito, ya que puede existir un conflicto de intereses a la hora de dirigir y adoptar la estrategia de defensa más adecuada para los intereses de la persona jurídica (que a su vez puede afectar a los intereses de terceros como los trabajadores, socios minoritarios o acreedores), estrategia que incluye la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades aportando datos y pruebas sobre la identidad del autor y los hechos por él cometidos. Tal vulneración del derecho de defensa podría llegar a provocar una nulidad de actuaciones, de modo que el Tribunal Supremo recomienda a Jueces y Tribunales que traten de impedir que su representante en las actuaciones seguidas contra la persona jurídica sea, a su vez, una de las personas físicas también acusadas como posibles responsables del delito generador de la responsabilidad penal de la persona jurídica. También considera el Tribunal Supremo una irregularidad la simultánea asunción de la defensa de la persona física y la jurídica por el mismo Abogado*», ROIG & BERGÉS & MARTÍNEZ ABOGADOS, «Análisis de la Sentencia». Y ya de forma más precisa, el Tribunal Supremo español ha dicho que, «*en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de interés procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de a quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones*» STS n° 154/2016, de 29 de febrero

¹¹⁵⁸ Esta observancia de la STS n° 154 7 2016, de 29 de febrero, ha sido pertinentemente resaltada por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., «Respuestas a la», cit., p. 249.

dentro de la cual el fiscal realizará –esta vez ya bajo estricta formalidad procesal– las diligencias necesarias tendientes a acusarla o abstenerse.

En los casos de flagrancia, como se había advertido antes, la situación se torna cuesta arriba para la fiscalía por el corto tiempo que –en apenas 30 días– tendrá para realizar todas las diligencias necesarias que le den soporte luego para sostener su formulación de cargos, o por el contrario abstenerse de acusar. Por su parte, la defensa de la persona jurídica tendrá más oportunidades de precautelar los intereses de su defendida en los procesos que se inician con indagación previa que respecto de aquellos que se inician con flagrancia.

Finalmente, de pretenderse la acreditación en esta etapa de las medidas eficaces de control o del programa de cumplimiento, o de alguna actividad *compliance* de cara a obtener sobreseimiento, como ejercicio del principio de objetividad¹¹⁵⁹ la fiscalía debe realizar las diligencias necesarias para probar la no existencia de un *programa de cumplimiento*, o a su vez, coadyuvar en la pretensión probatoria defensiva de la persona jurídica.

4.3.- La persona jurídica en la reformulación de cargos

La reformulación de cargos conforme al art. 596 del COIP, procede en los casos en que producto de la investigación realizada durante la instrucción fiscal varíe «*justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos*». En estos casos, el fiscal en audiencia contradictoria motivará su necesidad de reformular cargos, y el plazo de duración de la instrucción originaria se aumenta en treinta días más. No se puede reformular más de una vez.

La reformulación de cargos a la persona jurídica merece un análisis que se proyecta en dos direcciones. Por una parte, respecto de la reformulación en una instrucción donde se investiga solamente a la persona jurídica en aras a determinar la concurrencia de los presupuestos exigidos en el art. 49 –entre ellos la propia persona natural que ha generado el hecho de referencia, con el fin de verificar que se trata de una persona de las indicadas en el citado artículo–. En cuyo caso, por ejemplo, si en el decurso de la investigación se recaban indicios de concurrencia de los presupuestos exigidos para su futura responsabilidad, pero el fiscal determine que se trata de un delito atribuible diferente al que hasta ese momento procesal se investigaba, solicitará la reformulación de cargos. El caso advertido, no representa complejidad alguna en la medida que se presenten las circunstancias al amparo de una

¹¹⁵⁹ Este principio regulado en el art. 5. 21 del COIP conmina al fiscal a investigar los elementos de cargo y los de descargo.

reformulación, y además, se esté procesando a la persona jurídica sin que se procese a la persona natural al mismo tiempo.

Por otra parte, en el evento de que desde el inicio de la instrucción se procese tanto a la jurídica y paralelamente en el mismo proceso se investigue a la persona natural, y respecto de esta última varíe esa calificación jurídica de la imputación, en este evento el fiscal solicitará reformulación de ésta y también de la persona jurídica, en la medida que sigan concurriendo los elementos de imputabilidad de ésta también en la nueva calificación jurídica de la imputación.

En los dos casos advertidos, si la nueva situación jurídica evidencia la presencia de hechos ilícitos que no forman parte de aquellas conductas típicas del *numerus clausus*, no cabrá la reformulación contra la persona jurídica sino la abstención fiscal, respectivamente.

4.4.- La persona jurídica en la vinculación de procesados

La vinculación conforme al art. 593 procede cuando transcurriendo el plazo de la instrucción fiscal, de las investigaciones realizadas asome información que haga presumir la posible autoría o participación de una o más personas naturales o jurídicas en los hechos que se instruyen, en cuyo caso, el fiscal pedirá al juez competente audiencia para sustentar la o las vinculaciones a las que haya lugar; es decir, deberá formular cargos en contra de la o las personas a las que vaya a vincular. Una de las implicaciones de las vinculaciones en la instrucción, es la variación del plazo originario de duración, el que al igual que el caso de la reformulación, se modifica con el aumento de treinta días adicionales dentro de los cuales se investigará a la o las personas físicas y/o jurídicas vinculadas.

Ahora bien, si en la vinculación está involucrada de alguna forma una persona jurídica, puede presentar algunos escenarios que merecen reflexión.

- a) Por una parte, ha de considerarse la posibilidad de que en el caso de que la persona instruida sea una jurídica conjuntamente con la persona natural de su seno, y se vincule a terceras personas naturales o jurídicas diferentes –también en caso de que la persona natural no tenga vínculos con la jurídica.

En este caso, dado a que las actividades de las ciertas empresas y corporaciones muchas veces se desarrollan en asocio con otra u otras personas naturales o jurídicas, sin que necesariamente exista entre ellas ningún vínculo que no sea el estrictamente comercial, puede ocurrir que también se asocien para cometer infracciones que de alguna manera les beneficie a todas. En este caso, se presenta una situación

preocupante respecto del plazo de duración de la persona jurídica vinculada, toda vez que, solamente tendrá treinta días para realizar una defensa técnica eficaz durante la instrucción, tiempo que como se advirtió en el caso de delitos flagrantes, resulta cuestionable a la hora de evacuar recaudos tanto acusatorios como exculpatorios, o de ser el caso, un programa de cumplimiento o alguna actividad *compliance* defensiva, sobre todo en corporaciones de gran tamaño.

b) Puede darse también el caso en el que solamente la persona jurídica sea la primera instruida y luego se pretenda vincular a la persona natural. En este evento, siendo la vinculada la persona natural, no se presentaría cuestionamiento alguno respecto del plazo para investigar a la persona jurídica en los delitos sin flagrancia, pues, luego de los 90 días que dura la instrucción en estos casos, se ampliará a 30 días más para vincular a la persona natural; y, en caso de que se trate de un delito flagrante, después de los 30 días inicial que dura la investigación en estos casos, una vez vinculada la persona natural se ampliará el plazo de investigaciones en 30 días adicionales.

c) Otra posibilidad que puede presentarse, es cuando la persona natural generadora del «*hecho de referencia*» sea la primera instruida y luego se vincule a la persona jurídica.

Dado a la advertencia de independencia de responsabilidades entre la persona jurídica y la natural de su seno en el sistema de RPPJ ecuatoriano, perfectamente puede iniciarse primero una investigación y procesamiento penal contra la persona natural y solamente luego se descubran hechos que vinculen a la persona jurídica en el delito que se investiga. En este caso, la afectación con el plazo de treinta días a la tercera persona jurídica vinculada conforme a la letra a), es también observable aquí.

d) También podría ocurrir que una tercera persona natural sin vínculos con la persona jurídica esté siendo instruida inicialmente y luego se vincule a una persona jurídica. En este caso se está frente a lo que en este trabajo se ha denominado «*co-participación externa*». En este evento resulta mucho más grave la afectación¹¹⁶⁰ del plazo que en caso de la letra a) y c), toda vez que, la investigación contra la persona jurídica incluida la persona natural que participó en el «*hecho de referencia generador de la infracción*», partiría de cero. Esto complicaría, aún más, las labores no solamente de la defensa de la entidad sino también de la propia fiscalía.

¹¹⁶⁰ Esto porque en estos dos literales de alguna manera ya existe una investigación avanzada del delito atribuible a la persona jurídica.

Es necesario dejar advertida la diferencia entre la instrucción y la fase de investigación previa, en el sentido que en aquélla se le concede al investigado el derecho a la defensa¹¹⁶¹ en todo su esplendor. La restricción del derecho a la defensa constituye una vulneración al debido proceso, por lo tanto, choca con los principios más fundamentales del proceso, impidiendo a su vez, el derecho a obtener una tutela judicial efectiva, lo que consecuentemente daría como resultado un estado de indefensión, de tal forma que «*un juicio en el que no se garantiza el derecho de defensa, materializado en el respeto escrupuloso de los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, no es un verdadero proceso*»¹¹⁶², y en consecuencia terminará afectando a la persona jurídica.

Finalmente, la persona jurídica al igual que la persona natural, siguiendo el mismo procedimiento, en la etapa de instrucción fiscal será llamada al proceso en calidad de parte pasiva cuando sea posible atribuirles un hecho ilícito. De esta forma se precautela el derecho a la defensa, que se materializa en el momento en el que la persona jurídica a través de su representante especialmente designado o de su defensor, puede ser oída ante el juez de la causa.

5.- La persona jurídica procesada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio

Esta etapa procesal, conforme al art. 601, tiene como finalidad por una parte, discutir y resolver asuntos de «*procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento*». Partiendo de la premisa que los requisitos de procedibilidad son determinadas condiciones necesarias para iniciar una indagación previa, o para dejar de continuarla si ya se la ha iniciado¹¹⁶³, y ya en un análisis puntual de la persona jurídica, cabría plantearse la posibilidad de que se analicen en esta etapa como cuestiones de procedibilidad, asuntos atinentes a determinar si: a) el delito por el que se pretende llamar a juicio a una persona jurídica, pertenece a aquellos que forman parte del sistema de *númerus clausus*; b) la condición de persona jurídica de derecho privado, toda vez que no es procedente enjuiciar penalmente a una persona jurídica de derecho público; y, d) finalmente, merece también que se discuta cuestiones de capacidad o incapacidad para ser procesada penalmente al amparo de la

¹¹⁶¹ NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p.367. respecto del derecho a la defensa en esta etapa, la autora sostiene que «*se derivan un conjunto de garantías para el sujeto pasivo del proceso, y, muy particularmente, el nacimiento de su efectivo derecho a la defensa. A través del acto formal de imputación se permite al imputado, de acuerdo con la nueva terminología legal, (...) al investigado o encausado, conocer oportunamente los hechos que se le atribuyen, para que pueda contradecirlos*».

¹¹⁶² NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 371.

¹¹⁶³ Vid. HERNÁNDEZ PLIEGO, J., *Programa de Derecho Procesal Penal*, Porrúa, México, 2006.

RPPJ, es decir, analizar si se trata de una persona jurídica pantalla o creada para delinquir, en cuyo caso no deberá proseguirse su enjuiciamiento a título de RPPJ.

Por otro lado, entendida la prejudicialidad como la necesidad de esperar un «*pronunciamiento previo, oficial y definitivo –es decir, pasado en autoridad de cosa juzgada– de los jueces del fuero civil para poder iniciar recién, la acción penal*»¹¹⁶⁴, en los términos del art. 414, condiciona también el inicio del proceso penal a la existencia previa de un «*auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial*». Esa prejudicialidad puede ser previa o superviniente y, en éste último caso, como el proceso de todas formas ya se ha iniciado, deberá analizarse en sede de esta etapa su continuación o no. Respecto de la persona jurídica, únicamente la insolvencia generada como consecuencia de un concurso de acreedores, requerirá análisis en esta etapa de cuestiones de prejudicialidad superviniente.

Otras consideraciones que se analizan en la audiencia que se lleva a cabo en esta etapa, tienen que ver con asuntos de competencia y de procedimiento. Sobre las cuestiones de procedimiento, el análisis respecto de la persona jurídica se centrará en la discusión respecto de si el procedimiento con el que se la está procesando es el correcto y si ha cumplido con todos sus plazos y formalidades. Además, en esta etapa el juzgador tiene la potestad de declarar en base a los presupuestos discutidos, la validez o invalidez procesal de lo actuado hasta este momento en el proceso contra la persona jurídica. Pero en esta audiencia también se valora y evalúa la evidencia en la que el fiscal fundamenta su acusación; de ahí que, le corresponde al juzgador hacer el recorrido evaluatorio de toda la evidencia tanto de cargo como de descargo presentada por las partes. Será por lo tanto, una compleja actividad la que deban ejercitar los sujetos procesales en aras a lograr o una acusación o un sobreseimiento, más aún, cuando en primera parte de la audiencia, previamente, se han discutido las cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia o procedimiento.

Ahora bien, como en la actualidad el legislador ecuatoriano ha introducido al *compliance* únicamente con efectos atenuantes de RPPJ, queda fuera la posibilidad de que este instrumento en estos efectos pueda ser analizado en la AEPJ, más allá de la simple enunciación probatoria. Sin embargo, y de admitírsele bajo el principio de libertad probatoria también en los efectos exculpativos de cara a obtener un sobreseimiento, será en esta etapa donde se valore esta posibilidad, pues, es aquí el momento procesal en el que corresponde al juzgador dictar o no el sobreseimiento contra una persona procesada conforme a las reglas de los arts 605 y 607 del COIP.

¹¹⁶⁴ VACA ANDRADE, R., «Derecho Procesal Penal», cit., p. 403.

En una asunción positiva, si el juzgador decide evaluar al *compliance* en esta etapa, luego se presenta el problema sobre si esa evaluación deberá realizarse en la primera parte de la AEPJ, o si por el contrario se debe reservar esa situación para la segunda parte en donde se evalúe la evidencia respecto de la presunta configuración del delito y de la responsabilidad de la persona jurídica procesada. La cuestión planteada va a depender, a su vez, de si se considera o no al *compliance* como un asunto de procedibilidad, en cuyo caso, de ser positiva la respuesta, deberá analizarse y debatirse su eficacia en la primera parte de la audiencia señalada en el numeral 1 del art. 604, y en consecuencia, establecer o la validez procesal o la exclusión del proceso a la persona jurídica (aunque conforme a la regulación actual, en esta primera parte, el juzgador solamente podrá establecer cuestiones de validez o invalidez procesal art. 604.4 primera parte); lo contrario, si se los deja fuera de su consideración como cuestión de procedibilidad, correspondería su evaluación en la segunda parte de la citada audiencia conforme al numeral 4 del citado artículo.

Otro asunto que debería analizarse en la AEPJ, tienen que ver con la necesaria evaluación de su defectuosa organización y su vínculo con la persona natural de su seno que dio lugar al hecho de referencia, esto ya en caso de superar la primera parte de la audiencia, o a su vez, en caso de que en la segunda parte por primera vez, se evalúe tanto su defectuosa organización cuanto la participación de la entidad en el ilícito a través de los elementos de convicción que hasta ese momento presente fiscalía. En el caso advertido, se han de considerar dos situaciones que podría darse en la praxis: a) que la persona jurídica sea la única que esté compareciendo al proceso a través de la persona natural designada para el efecto; y, b) que tanto la persona jurídica cuanto la persona natural que ha generado el hecho de referencia, estén siendo procesadas en el mismo proceso.

La advertida diferenciación no es baladí, toda vez que en la práctica, la primera de ellas puede traer significantes consecuencias, como cuando por ejemplo, si la persona natural que ha cometido la infracción penal que motiva el procesamiento de la persona jurídica esta prófuga, siempre que haya sido ya determinada y se haya verificado el delito, ante tal evento, ¿la persona jurídica debería continuar siendo procesada y en su caso sentenciada? O por el contrario, por esa situación ¿debe suspenderse en esta etapa el proceso tanto para la persona natural cuanto para la jurídica? Estas interrogantes se resuelven, a su vez, respondiendo a una tercera interrogante más general respecto de si la independencia de responsabilidades del segundo inciso del art. 49 abarca también la autonomía procedimental o no.

De asumirse una respuesta afirmativa a la última interrogante, será por ende, también afirmativa la respuesta de la primera y negativa la de la segunda; y, si por el contrario es

negativa la respuesta de la última interrogante, será positiva la respuesta a la segunda interrogante y negativa la de la primera.

5.1.- El sobreseimiento de la persona jurídica

En la ruta de un procesamiento independiente, el juez concluirá la AEPJ con su resolución oral motivada que luego será notificada a las partes por escrito. La resolución a la que arribe el juzgador puede ser de sobreseimiento a favor de la persona jurídica siempre que el fiscal se abstenga de acusarla, o cuando pese a hacerlo, considere el juzgador que no existen indicios suficientes que apoyen la acusación fiscal; pero si el juzgador decide acoger la acusación de fiscalía, dictará su resolución de llamamiento a juicio contra la entidad.

En caso de que la persona natural y la jurídica estén compareciendo al proceso, puede presentarse también la posibilidad de un dictamen mixto: acusatorio para una y abstentivo para otra, por lo que, la resolución judicial sería también de llamamiento a juicio y de sobreseimiento. Los efectos del sobreseimiento son la cesación de las medidas cautelares que se hayan impuesto hasta ese momento contra la persona jurídica, y además el fin del proceso penal respecto de la persona sobreseída.

De dictarse llamado a juicio, la competencia se radica en el respectivo tribunal penal, éste será el órgano pluripersonal quien juzgue a la persona jurídica procesada. Con la participación del tribunal penal se activa la última etapa del procedimiento penal ordinario contra la persona jurídica.

5.2.- La suspensión de la etapa del juicio por la ausencia del procesado

Para abordar el análisis de esta cuestión, hay que partir de la necesaria diferenciación entre suspensión de la etapa de juicio y suspensión de la audiencia de juicio. En efecto, por una parte, el art. 563 del COIP, dentro de las normas generales de audiencias en el numeral 14, establece la prohibición de la prosecución procesal una vez que se ha evacuado la AEPJ, en los casos en que el procesado se encuentre prófugo, obligando al juez de garantías penales a suspender la iniciación de la etapa del juicio hasta que el procesado prófugo sea detenido o se presente voluntariamente. Esto quiere decir que, en este caso, el proceso contra la persona procesada se suspenderá en la EEPJ, sin que siquiera se radique la competencia en el tribunal penal que debiera juzgarla y por ende, tampoco se dará inicio a la etapa de juicio.

Respecto de la persona jurídica, de estar compareciendo el representante legal, no tendría sentido que éste asuma la condición de prófugo por su representada si no tienen conflicto de intereses. Además, para adoptar la calidad de prófugo se requiere que exista alguna medida cautelar de restricción de libertad en su contra, aspecto que no se podría verificar ya que su comparecencia es únicamente en representación. No obstante, podría darse la situación de que la persona jurídica no haya determinado a su representante legal o judicial hasta ese momento, y que esté compareciendo solamente su defensor público, y respecto de aquellas no se haya dictado las medidas cautelares, entonces, la situación se torna compleja, y corresponde analizar la posibilidad de que se suspenda o no la etapa del juicio. En ese sentido, desde una óptica garantista, no debería excluirse la posibilidad de un tratamiento igualitario, es decir, que también en estos casos, el juez de garantías penales suspenda la etapa del juicio hasta que la empresa de forma voluntaria designe un representante legal o judicial que comparezca al proceso, en cuyo caso la fórmula «*hasta que la persona procesada se presente voluntariamente*» del art. 563.14 COIP, se la ha de entender «*hasta que la persona jurídica procesada se presente voluntariamente por medio de su representante legal o judicial*», o al menos, el juzgador proceda conforme a los estatutos a designar a otra persona de su interior, o de ser procedente, a un representante *ad-hoc*¹¹⁶⁵—aunque esta situación no contempla la normativa penal ecuatoriana—. Esta sería la única posibilidad para continuar con el enjuiciamiento, pues, la detención advertida en la norma no aplica para el caso de la persona jurídica.

Por otro lado, y en aras a efectivizar la prosecución penal, si la persona jurídica ha designado representante legal y defensor privado, y el representante legal no está presente al resolverse la EEPJ, no significa que necesariamente la entidad haya asumido la calidad de prófuga si respecto de ésta se ha dictado alguna medida cautelar (que justamente está garantizando su comparecencia a juicio), en cuyo caso, no se aplicará la regla del art. 563.4 del COIP compatible únicamente para los casos de la persona natural. De ahí que, la presencia del abogado será suficiente para que no se suspenda la etapa del juicio.

Luego, el art. 563.11 del COIP establece la prohibición de la realización de la audiencia de juicio sin la presencia de la persona procesada. Es decir, si ya en la fecha de la audiencia de juicio no asiste su representante legal o la persona designada por ésta para el efecto, pueden presentarse dos escenarios: a) que en efecto se suspenda para una nueva convocatoria y, b) que no se suspenda si se cuenta con la presencia del abogado particular autorizado —en este

¹¹⁶⁵ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal», en AA.VV., F. Gascón Inchausti (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 19-103.

último caso, bajo el argumento de que no está prófuga la persona jurídica—¹¹⁶⁶. El primer caso, lo resuelve textualmente la norma antes citada, mientras que el segundo, merece debate para ir madurando una posibilidad o no de juzgamiento en ausencia como se verá *infra*.

5.3.- El Auto de Llamamiento a Juicio y la competencia del Tribunal Penal

Asumiendo la posibilidad de un procedimiento autónomo y habiendo comparecido el representante legal de la persona jurídica o su delegado, el auto de llamamiento a juicio emitido por el juez de garantías penales activa la etapa del juicio contra la entidad y, a su vez, radica la competencia en el tribunal penal que conocerá su juzgamiento.

Por ser una resolución judicial, el auto de llamamiento a juicio necesariamente deberá ser motivado y, respecto de la persona jurídica, deberá contener las particularidades de su situación como sujeto pasivo del proceso. En dicho Auto se hará constar la motivación respecto de los elementos de convicción que le llevaron al juzgador unipersonal a acoger el dictamen acusatorio del fiscal, así como los anuncios probatorios de los sujetos procesales destinados a probar la participación o no de la entidad en los términos del art. 49 y de ser procedente del 50; así como la existencia de atenuantes y agravantes del art. 45.7 y 47.21, y del *compliance* en los términos del art. 45.7, d) y 49 del COIP.

La competencia en del tribunal penal en la etapa del juicio, está condicionada por el tipo de procedimiento penal al que es sometida la persona jurídica. Así, será únicamente en los procedimientos ordinarios contra las personas jurídicas, en los que se active la competencia de este órgano pluripersonal para; mientras que como se indicó *supra*, en las demás clases de procedimientos penales contra las personas jurídicas, serán los juzgadores unipersonales o jueces de garantías penales, los competentes para procesar y sentenciar a la entidad.

6.- La persona jurídica en la etapa de juicio

Superada las anteriores dos etapas procesales del procedimiento ordinario, el auto de llamamiento a juicio dictado en la etapa preparatoria activa la etapa del juicio contra la persona jurídica procesada, en la cual, a la luz del sistema acusatorio y bajo una legitimidad

¹¹⁶⁶ Aquello presupone que, no habiéndose suspendido la etapa de juicio luego de resuelta la EEPJ sea porque ha comparecido la persona jurídica procesada por intermedio de su representante legal, o sin haber comparecido, no ostenta la calidad de prófuga porque se encuentra con alguna medida cautelar, se ha activado la etapa de juicio y se ha convocado por ende a audiencia de juicio.

judicial representativa¹¹⁶⁷, será el órgano pluripersonal compuesto por tres jueces penales, como se advirtió *supra*, el encargado de resolver la situación jurídica de la persona jurídica procesada.

La etapa de juicio para la persona jurídica, exceptuando algunas pequeñas diferencias, se desarrollará de la misma forma que para una persona natural. Inicia siempre con la acusación fiscal y estará regida por los principios de oralidad, inmediación y contradicción que permitirán garantizar la actuación probatoria¹¹⁶⁸.

De acuerdo a «*los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada*» (art. 610 COIP), la entidad deberá comparecer a juicio por medio de un representante legal o representante judicial, o procurador judicial para que la represente. Una vez corroborado la presencia de las partes procesales, el juez dará paso a los alegatos de apertura conforme al art. 614, que para el caso de la persona jurídica procesada lo hará la persona que comparezca en su representación por medio de su abogado. Luego, el Presidente del Tribunal dará paso a la presentación y práctica de las pruebas que se desarrollará de acuerdo a las reglas correspondientes, esto es, conforme a los arts. 615 al 617 y siempre bajo la observancia, por parte de los sujetos procesales, de lo reglado en el Título IV del Libro Segundo. Las pruebas en el juicio permitirán a las partes procesales sostener y convencer al juez de la verdad de los hechos que aseveran¹¹⁶⁹.

En esta etapa, es necesario retomar la discusión de la autonomía procedimental en los términos que se han planteado *supra*. De ahí que, en esta etapa la discusión se centra respecto de su suspensión por la ausencia del representante legal de la persona jurídica. Corresponde aquí, por ende, centrar la atención en la ausencia del representante legal, ya no en toda la etapa del juicio sino en la audiencia de juicio, y la posibilidad o no de su juzgamiento en ausencia como se verá a continuación.

6.1.- El juzgamiento de la persona jurídica en ausencia

En la medida que en el procesamiento penal ecuatoriano –ideado para procesar a las personas naturales– contra la persona jurídica no se cuente con un estatuto procesal

¹¹⁶⁷ En el sentido de que en Ecuador, previo proceso por concurso de mérito y oposición, son los jueces designados para el Tribunal Penal quienes administran justicia, por la autoridad que le confiere el Estado y en representación del pueblo soberano.

¹¹⁶⁸ Al respecto el art. 610 del COIP.

¹¹⁶⁹ WOLTERS KLUWERS, «Proceso penal contra personas jurídicas», disponible en: <http://www.guiasjuridicas.com/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDQ3NDS7Wy1KLizPw8WyMDQzMDU0NDkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAN1NrME1AAAAWKE>

específico y suficiente para la persona jurídica, el análisis de las instituciones procesales como el juzgamiento en ausencia, merecen puntuales reflexiones de cara a determinar su procedencia o no¹¹⁷⁰.

Así, por regla general en Ecuador no se podrá juzgar a las personas en ausencia, con las respectivas excepciones advertidas en el numeral 11 del art. 563¹¹⁷¹. Concomitantemente, al amparo de una concepción garantista y legalista, no se debería discriminar de esta garantía a las personas jurídicas sometidas a un proceso penal. De ahí que, no habría cabida, por ahora, al juzgamiento en ausencia de la persona jurídica, ello bajo el reconocido principio de que «*nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído*»¹¹⁷². Las dos únicas vías para juzgar a las personas en ausencia, con las advertencias de la jurisprudencia constitucional¹¹⁷³ y conforme al art. 649.5 del COIP, son la acción penal privada en los delitos del ejercicio privado de la acción penal, que como ha quedado advertido, los delitos contra los animales que forman parte de la fauna urbana les son atribuibles a las persona jurídicas; así como los delitos imprescriptibles en el ejercicio público de la acción penal¹¹⁷⁴.

Ahora bien, la prohibición del juzgamiento en ausencia de la persona procesada natural en cierta medida no compatibiliza con la situación de la persona jurídica. Veamos porque.

En el enjuiciamiento de una persona jurídica, puede ocurrir que ésta habiendo compareciendo al proceso a través de su representante legal o judicial, éstos no comparezcan a la etapa del juicio, concretamente, a la audiencia de juicio; en cuyo caso caben dos posibilidades: a) suspender a audiencia de juicio en aplicación de la regla 11 del art. 563 del COIP por la advertida ausencia; o, b) llevar a cabo la audiencia y juzgar a la persona jurídica en ausencia solamente con su defensor privado o el defensor público.

La segunda posibilidad u opción, en el sistema penal ecuatoriano únicamente resulta viable respecto de las personas jurídicas, en los delitos de acción privada contra los animales que

¹¹⁷⁰ En similar advertencia, pero referida al caso español, el análisis se centra o bien en la incompatibilidad o en la adaptación, Vid. NEIRA PENA, Ana, «La persona jurídica», cit., p. 668.

¹¹⁷¹ La citada regla refiere a los casos donde conforme a la CRE se permite juzgar en ausencia en atención de determinados delitos.

¹¹⁷² ROXÍN, C., *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Gabriela Córdova, Daniel Pastor (trads.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. A este respecto, el autor en alusión al art. 103, I de la *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, o *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, que contempla el principio de ser oído para ser condenado, así como al principio de *inmediación*, concluye que «*un juicio no puede llevarse a cabo sin el acusado*».

¹¹⁷³ Sentencia N° 005-17-SCN-CC, de 4 de junio de 2017.

¹¹⁷⁴ A diferencia de Ecuador, en España con las reformas introducidas a la LECrim a través de Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, se presenta admisible el juzgamiento en ausencia a la persona jurídica bajo requerimientos de que se cuente con la presencia de su abogado defensor, así como de su procurador; ello equivale a que de todas formas, se le garantice el derecho a la defensa, además de la presencia de un procurador judicial. Por su parte, algunos tratadistas de la materia consideran que esta modificación de la ley de enjuiciamiento criminal consiste únicamente en reconocerle a las personas jurídicas aquellos derechos de las personas naturales como el derecho a la defensa, notificación de medidas que le afecten y presentación de escrito de defensa sin necesidad de una persona física imputada, de tal forma que lo que se ha hecho es trasladar la normativa del imputado a la persona jurídica, Vid., TORO PEÑA, J, *La persona jurídica en el proceso penal. (Aspectos civiles, europeos, penales y procesales)*, Dykinson, S.L, Madrid, 2012.

forman parte de la fauna urbana, esto por advertencia jurisprudencial constitucional como se indicó *supra*; y, en los delitos imprescriptibles que formen partes del *numerus clausus*, como una excepción constitucional al juzgamiento en ausencia.

La primera posibilidad (letra a), como ya había un representante legal o judicial que venía compareciendo en el proceso penal, y para efectos de observar la citada regla del art. 563.11, pienso yo, que se debe suspender la audiencia bajo prevenciones de ley, es decir, señalar una nueva fecha para la realización de la audiencia de juicio y conminar con el auxilio de la fuerza pública al representante legal o judicial que venía normalmente compareciendo al proceso para que asista al segundo señalamiento de audiencia¹¹⁷⁵; esto inclusive con declaratoria de efectos *ipso jure* de suspensión de los plazos de caducidad de las medidas cautelares *contra societatem* que se encuentre impuestas¹¹⁷⁶. Si la no comparecencia del representante legal o judicial de la persona jurídica obedece a cuestiones de contumacia, y no se los puede hacer comparecer al desarrollo de la próxima audiencia ni con la fuerza pública porque no se los puede localizar (además de incurrir en un posible delito de fraude procesal), entonces, luego de declarar fallido el segundo señalamiento de audiencia, una posibilidad *de lege ferenda* sería que el tribunal penal le designe un *representante judicial ad hoc* para efectos de que se lleva a cabo la citada audiencia; pero por ahora, ante la ausencia en el ordenamiento penal de esta figura, bien puede suspender la etapa del juicio hasta que se detenga al representante legal o judicial que no ha comparecido, o al menos la jurisprudencia penal o constitucional¹¹⁷⁷ se pronuncie al respecto. Lo cierto es que en estos casos, el panorama del juzgamiento en ausencia de la persona jurídica, por ahora resulta incierto. De ahí que, se hace necesario que la jurisprudencia vaya delimitando o explicando cuestiones de compatibilidad o incompatibilidad de la regulación actual aplicable a la persona jurídica (art. 563.11 COIP); o a su vez, el legislador mediante reforma amplíe el estatuto procesal de la persona jurídica en casos como el advertido en este sub epígrafe, y vaya contemplando la posibilidad de una *representación ad hoc*, para efectos de juzgar a las personas jurídicas ante la contumacia de sus representantes legales o judiciales, y de esa manera torne eficaz el juzgamiento de las entidades y, por ende, todo el sistema de RPPJ

¹¹⁷⁵ En caso de que el representante legal o judicial se encuentren inmersos en alguna causal ajena a sus voluntades, deberán justificar ante el tribunal esa particularidad para efectos de no ser compelidos con la fuerza pública al desarrollo de la audiencia que será nuevamente señalada.

¹¹⁷⁶ En este sentido, si por ejemplo, se ha impuesto la clausura de locales de la persona jurídica por el tiempo de un año, y la audiencia de juicio está a punto de superar esos plazos por efectos de la no comparecencia del representante legal o judicial, en estos casos se debe suspender o interrumpir los plazos de caducidad de esta medida cautelar, hasta que efectivamente se desarrolle la audiencia de juicio. De todas formas, se requiere de un estatuto procesal más amplio que especifique estas cuestiones en el juzgamiento de la persona jurídica.

¹¹⁷⁷ Un mecanismo de consulta constitucional por parte de los jueces del Tribunal Penal dirigido a la Corte Constitucional sería una posibilidad previo a una reforma. En este caso se consultaría, si el artículo 563.11 es aplicable o no a las personas jurídicas, cuando su representante legal o judicial adoptando una posición de contumacia, no asisten a la audiencia de juicio, no obstante de que anteriormente sí estuvieron compareciendo, inclusive hasta la Audiencia Evaluatoria y Preparatoria de Juicio.

nacional; y, a la vez, evite que en la sociedad sensaciones de impunidad (necesidades político-criminal).

6.2.- Actuaciones probatorias en el juicio

En materia de prueba, corresponde advertir que el estándar para enervar la presunción de inocencia de una persona procesada en el sistema penal ecuatoriano, consiste en probar su responsabilidad penal *más allá de toda duda razonable*¹¹⁷⁸. En este sentido, en observancia de este estándar al juzgamiento de la persona jurídica, la acusación o fiscalía deberá probar *más allá de toda duda razonable*, que: a) se trata una persona jurídica de derecho privado, b) que se trata de un delito *númerus clausus*, c) que el delito ha sido cometido por cualquiera de las personas indicadas en el art. 49, o en su defecto que no ha podido identificarla por cuestiones atribuibles a la propia entidad (delito corporativo), c) que la persona jurídica se ha beneficiado directa o indirectamente de la infracción penal; y; dado a que conforme al sistema acusatorio ecuatoriano le corresponde a fiscalía la carga de la prueba, d) deberá probar necesariamente que la entidad ha permitido y ha facilitado la comisión delictiva (defecto de organización).

Por su parte, la defensa de la persona jurídica, si ha asumido una defensa pasiva, simplemente controvertirá o confrontará la prueba que la fiscalía, empero, si su defensa es activa, deberá probar los hechos que alega; además si desea beneficiarse de alguna atenuante deberá coadyuvar con la fiscalía en su prueba.

Pero además, partiendo de que probar equivale a convencer al juzgador sobre la certeza de la existencia de determinados hechos¹¹⁷⁹, y que la certeza emana necesariamente de la «*averiguación de una realidad efectuada*»¹¹⁸⁰, respecto de la persona jurídica, además de la prueba de los elementos de imputación del art. 49 del COIP, se deberá probar también en el caso ecuatoriano, lo dispuesto en el tercer inciso del art. 49, esto es, la no determinación de la RPPJ; así como todas las circunstancias que de alguna manera inciden en la determinación

¹¹⁷⁸ Respecto de la duda que pudiera advertirse sobre la concurrencia de atenuantes o eximentes una vez evacuada la prueba de las partes, véase interesante reflexiones en NEIRA PENA, A., «La prueba en el proceso penal frente a las persona jurídicas», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 267-291. Sobre las opiniones de los autores citados por NEIRA, véase HUERTAS MARTÍN, M., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, BOSCH, Barcelona, 1999; AA.VV., A. Melón Muñoz (dir.), *Memento Práctico. Procesal, 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

¹¹⁷⁹ Vid. ROXÍN, C., «Derecho Procesal Penal», cit., p. 185.

¹¹⁸⁰ FRAMARINO, N., «Lógica de las», cit., p. 65.

de la penalidad, es decir, tanto las atenuantes así como los criterios que permitan decidir respecto de la imposición y extensión de las penas interdictivas¹¹⁸¹.

6.2.1. La prueba de la persona jurídica de derecho privado

Para probar esta condición, no se requiere más esfuerzo que prueba documental extraída del ente público competente. Para los casos de las compañías sujetas a la LC será suficiente la certificación de la SUPERCIAS, además del certificado de Registro Mercantil de la jurisdicción donde se ha domiciliado la persona jurídica (esto para efectos de la determinación del domicilio actual en materia de competencia). Para el caso de las corporaciones o fundaciones sin fines de lucro, conforme al RPOPJOS será el respectivo Ministerio competente que le asignó personería, el encargado de certificar su naturaleza privada.

Esta prueba tiene que ver con la capacidad procesal para ser sujeto de imputación, y permitirá por un lado, diferenciarlas de las entidades públicas a las que, por ahora, no les es aplicable el sistema de RPPJ; y, por otro lado, diferenciarlas también de aquellas empresas fantasmas o meramente pantallas o instrumentales a las que, según mi criterio, como se advirtió *supra*, no es aplicable en Ecuador la RPPJ con todo el sistema procesal garantista.

Pero también esta prueba permite depurar y diferenciar entre una persona jurídica ya constituida y una entidad en proceso de obtención de esta calidad. Esta prueba es importante, toda vez que no serán sujetos de RPPJ aquellas entidades que al momento de que se cometa un delito atribuible, no ostenten todavía la condición de persona jurídica, por más que ella se encuentre en tramitación.

De ahí que será el ente respectivo, quien debe certificar a) que se trata de una persona jurídica de derecho privado con o sin fines de lucro; así como, b) la fecha del otorgamiento de la personalidad jurídica; entre otra información relevante para el proceso penal.

Además, como la RPPJ recae sobre personas jurídicas de derecho privado nacionales o extranjeras, respecto de estas últimas, se debe probar su nacionalidad y su vínculo social con alguna empresa nacional conforme a las exigencias de la LC, si se trata de una compañía sujeta a esta normativa. Se debe probar además, que previamente, cuando se le formuló cargos, se notificó al respectivo consulado o embajada del país del cual es natural la entidad

¹¹⁸¹ Vid. NEIRA PENA, A., «La prueba en», cit., p. 269.

extranjera, *so pena* de que en caso de que hasta el momento de la audiencia de juicio no se lo haya hecho, esta situación acare nulidad procesal.

En el caso de empresas de economía mixta, la prueba estará encaminada a establecer las actividades, los porcentajes y los activos de la persona jurídica de derecho privado, para efectos de la determinación de su responsabilidad penal.

6.2.2.- La prueba del delito *numerus clausus*

En la medida que se asuma tanto la independencia de responsabilidades, cuanto la autonomía de juzgamiento, se va a requerir, necesariamente, la prueba de la existencia del hecho de referencia que da lugar a la RPPJ. No es otro que el delito atribuible o ese «*supuesto*» previsto en el COIP. La interrogante que surge respecto de esta prueba centra la atención en dos direcciones ¿o se prueba solamente los elementos objetivos del tipo? ¿O se prueba también el elemento subjetivo? Estas interrogantes requieren necesario abordaje en la medida que la escueta regulación ecuatoriana deja un amplio margen de dudas al respecto. En esta tarea, por un lado, se tomará en consideración si la persona natural está siendo procesada también con la persona jurídica; y, por otro lado, si solamente es la persona jurídica la procesada, sea porque la natural que generó el hecho de referencia es indeterminada, o porque se encuentra prófuga.

La segunda interrogante puede encontrar cabida en el juzgamiento conjunto, esto es, cuando están compareciendo tanto la natural cuanto la jurídica, en donde la prueba de la responsabilidad de la persona natural servirá para la valoración de la existencia del delito *numerus clausus*. Empero, ello no aporta una solución profunda a la interrogante, toda vez que, si se pregona la autonomía de juzgamiento, ésta conlleva independencia de prueba, sin embargo, razones de *economía procesal* permiten justificar la prueba de una en la otra en caso de darse un procesamiento conjunto.

La primera interrogante, por su parte, encuentra discusión en el segundo caso, es decir, en ausencia de la persona natural. En cuyo caso, en la línea de asunción de la autonomía, la prueba de los otros elementos estructurales de imputación con excepción del sujeto activo del delito –que es el ausente o indeterminado–, necesariamente conlleva a reflexionar si esto será suficiente para establecer la RPPJ en la audiencia del juicio. Esta pregunta, a su vez, se responde en la medida que se asuma responsabilidad penal por defectuosa organización, y en ese sentido, cabe cuestionarse si la independencia de responsabilidades, además de la

prueba de los otros elementos estructurales objetivos de imputación, y de esa defectuosa organización, bastaría para determinar la RPPJ; o si por el contrario, como se verá *infra*, se hace necesario probar el delito base. De todas formas, en las posteriores líneas se tratará de desarrollar estas interrogantes.

6.2.2.1.- ¿Se prueba el delito basal o hecho de referencia?

Partiendo de la asunción de un modelo de atribución de responsabilidad penal por autorresponsabilidad puro, es razonable la advertencia de NEIRA PENA, en el sentido de que el hecho de referencia o delito presupuesto quede fuera de los elementos de imputación, y por ende, de su acreditación probatoria¹¹⁸². Sin embargo, en el caso ecuatoriano, en el que las cosas no están del todo claras, la citada advertencia no tendría un anclaje pertinente, porque como se dijo oportunamente en el capítulo primero, no se trata de un modelo puro de autorresponsabilidad. Y es que, de asumirse el delito cometido por la persona natural como algo *puramente incidental*, y sin necesidad de que respecto de él se pruebe su comisión, se le estaría sentenciando a la persona jurídica por una suerte de *presunción*, en flagrante vulneración al nexo causal que exige que el fundamento de la prueba tendrá que «*basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones*» (art. 455 COIP).

Ahora bien, partiendo de la idea de la independencia de responsabilidades, y si se asume que el fundamento de la RPPJ en Ecuador es la defectuosa organización, resulta entonces, que no es que se trate de juzgar sin respetar el nexo causal, sino que por el contrario, resultaría para esos propósitos indiferente la culpabilidad personal del autor del delito¹¹⁸³, a efectos inclusive de procesarla, toda vez que, el delito serviría como un simple suceso histórico que integra una hipótesis penal sólo sobre el plano del elemento material¹¹⁸⁴.

6.2.3.- La prueba de la calidad de persona que origina el hecho de referencia

Conforme a las posibilidades planteadas en el apartado 6.2.2, de concurrir las dos clases de personas en el mismo proceso penal, aunque no sería indispensable la determinación de la persona natural, sin embargo, el panorama en este caso se presenta menos debatible que en el caso de que sea únicamente la persona jurídica la procesada. De todas formas, la

¹¹⁸² «La prueba en», cit., pp. 270 y 271.

¹¹⁸³ Vid. NEIRA PENA, A., «La prueba en», cit., p. 270.

¹¹⁸⁴ IBIDEM.

prueba estaría encaminada –y esto independientemente de su determinación o no– a establecer que la persona natural que cometió la infracción atribuible ostenta cualquiera de las cualidades indicadas en el art. 49 del COIP, esto es, que se trata de alguna persona o personas propietarias o que ejercen control sobre la persona jurídica; que individual o colectivamente forman parte de órganos de gobierno o de administración; que tienen la calidad de apoderado, mandatario, representantes legal o convencional, agente, operador, factor o delegado; o que se trata de terceros que contractualmente o no, realizan o forman parte en una actividades de gestión de la persona jurídica; que ostentan funciones como ejecutivos principales o quienes realicen actividades como administradores, directores o supervisores.

Hasta aquí la prueba pertinente sería la documental, encaminada a evidenciar esas calidades o cargos que ostentan¹¹⁸⁵, con documentación que aporte ya sea la propia persona jurídica si ha decidido cooperar, o la obtenida mediante requerimientos a las distintas entidades de control según las actividades a las que esas personas se dediquen, así como de la entidad de seguridad social, o inclusive mediante diligencias al interior de la propia empresa como allanamientos, registros, entre otros, y con las formalidades debidas. Luego, habrá que también acreditar con la misma clase de prueba y además con testimonial y pericial, si la actuación de cualquiera de las personas indicadas se ha realizado en el marco de sus actuaciones o actividades empresariales¹¹⁸⁶.

En el segundo grupo de personas naturales, se ubican todos sus trabajadores, en cuyo caso, cuando la infracción se verifique por el actuar de alguno o algunos de éstos, la prueba ha de encaminarse no solamente a evidenciar su condición de trabajador de la entidad, sino además a establecer la ausencia o el defectuosos control por parte de alguna de las personas indicadas en el primer grupo, lo que a su vez, activa la práctica probatoria de una tercera cuestión, esto es, la prueba también de la dependencia respecto de aquella clase de personas. Todo esto implica probar tanto la calidad de aquella o aquellas personas encargadas del control de las actividades del trabajador, la calidad de trabajador y, la relación que implica el control. En este caso, puede ayudar a la obtención de la prueba, entre otros, un registro de libros y papeles¹¹⁸⁷ como técnica y actuaciones de investigación recogida en el COIP.

¹¹⁸⁵ Y tanto los cargos que ostentaban, así como las funciones que desarrollaban al momento de la comisión de la infracción, NEIRA PENA, A., «La prueba en», cit., p. 272.

¹¹⁸⁶ En este sentido véase a NEIRA PENA, A., «La prueba en», cit., p. 273.

¹¹⁸⁷ Vid. VELASCO NÚÑEZ, E., «Medios de investigación», cit., p. 313.

6.2.4.- La prueba del beneficio

Como se ha indicado en su momento, el beneficio puede ser de diversa índole, por lo que la prueba puede ser documental o testimonial, pero la prueba imprescindible para determinar el beneficio obtenido producto de la infracción, ya sea económico, de inversión, de recapitalización, de beneficios derivados del derecho competencial, entre otros, siempre será la pericial.

Respecto de esta prueba, cuando se trata del beneficio para *terceros asociados*, la situación se torna un poco compleja, en consecuencia, la prueba versará sobre *hechos complejos*¹¹⁸⁸, toda vez que, primero se deberá probar el nexo o vínculo asociativo entre la persona jurídica que delinque y la que recibe el beneficio, corriendo el riesgo de que no se la pueda sancionar si no se logra acreditar esta situación pese a la existencia de la infracción. Esto porque en la práctica, podría suceder que una empresa sin evidenciar vínculos asociativos con la que delinque se vea beneficiada por dicha infracción, o lo que es igual, se beneficie a propósito a terceras empresas con las que no se mantiene vínculos asociativos. De todas formas, por ahora, la prueba estará encaminada a justificar tanto el vínculo asociativo cuanto el beneficio reportado a la persona jurídica asociada. Luego, por otra parte, no solamente se requerirá probar que en efecto existió un beneficio, sino también la acción de la persona natural por causarlo o alcanzarlo, es decir, se deberá probar la «*idoneidad ex ante de la conducta para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de ventaja asociada a aquella*»¹¹⁸⁹. Y, aunque la normativa ecuatoriana no se refiera al carácter directo o indirecto del beneficio como lo hace España¹¹⁹⁰⁻¹¹⁹¹, sin embargo, puede que el juez considere ese carácter del beneficio como un factor cuantitativo a la hora de valorar la RPPJ¹¹⁹², de ahí su necesidad probatoria.

6.2.5.- La prueba de la defectuosa organización

El medio probatorio que conforme a la regulación del COIP preponderantemente va a permitir acreditar que una persona jurídica se encuentra defectuosamente organizada, es el pericial. Además, también se lo puede probar mediante la prueba documental y el testimonio de los involucrados.

¹¹⁸⁸ Esto partiendo de la hipótesis de hechos no unitarios en el sentido que lo que se debe probar en este presupuesto, estaría compuesto por «*una serie de hechos distintos o bien porque son relevantes distintas características del mismo «estado de cosas» empírico*». TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Milano, 2011.

¹¹⁸⁹ NEIRA PENA, A., «La prueba en», cit., p. 271.

¹¹⁹⁰ La letra a), número 1 del art. 31 bis del CP de España, expresamente señala como uno de los presupuestos de la RPPJ «*los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto...*».

¹¹⁹¹ En España, la FGE-E se ha pronunciado al respecto.

¹¹⁹² Vid. RAGUÉS i VALLÉS, R., «La actuación en», cit., p. 118.

Ahora bien, la prueba de esa defectuosa organización conforme a la regulación actual, podría centrarse tanto en el análisis de programas de cumplimientos cuanto en la aplicación de otros programas o medidas encaminadas a una correcta organización, entre las que por ejemplo, pueden contarse la revisión de políticas de cumplimiento de normativa sectoriales, de reglamentos, ordenanzas, estatutos, entre otras. Como diligencia de actuación probatoria pericial, cabe en estos casos, necesariamente, la práctica de experticias contables o de cualquier naturaleza relacionada con el delitos y con la defectuosa organización, además de la inspección ocular¹¹⁹³ o reconocimiento del lugar de los hechos, tanto del lugar donde se realizó la infracción cuanto del lugar donde funciona la persona jurídica cuya organización se cuestiona.

6.2.6.- La prueba del *compliance*

Con la necesaria advertencia de no considerar al *compliance* como una prueba absoluta¹¹⁹⁴, ni de asumir del todo la irrelevancia de estos programas¹¹⁹⁵, partiendo de la ausencia regulatoria local como eximente de RPPJ, en las siguientes líneas se aborda este tema tanto para la advertida posibilidad *de lege lata* (esto es, lejos de los fines eximentes y como mecanismo de defensivo de cara a obtener sobreseimiento o una sentencia absolutoria) cuanto de cara a una posibilidad eximente *de lege ferenda*.

En ese orden de ideas, aunque no exista regulación expresa que permita en la etapa de juicio valorar a los programas de cumplimiento, sin embargo, al igual que en otras especificidades procesales no reguladas, es necesario ir advirtiendo algunas posibilidades de aplicabilidad, de cara a generar el debate que permita en el futuro discutir su tratamiento procesal. En esa ruta, de decantarse por la opción del *compliance* en la etapa del juicio, habrá de considerarse el momento procesal para probarlo, es decir, si antes de la audiencia de juicio o durante ella, aunque las experiencias extranjeras en su mayoría lo regulan como algo previo al juicio oral, en cuyo sentido, sería entendible que debería hacérselo antes del inicio de la audiencia de juicio, si se quiere, convocando dentro de esta etapa a una audiencia previa a la del juicio para discutirlo, que bien puede ser el mismo día del juicio.

¹¹⁹³ La LECrim, en los arts. 326 a 333 regula la inspección ocular a la que se la considera como «*la percepción judicial directa (a la que añadir al policial en los múltiples casos en que la realizan por razones de urgencia/necesidad) de la escena criminal*», VELASCO NÚÑEZ, E., «Medios de investigación», cit., p. 312.

¹¹⁹⁴ En el sentido de que con su sola presencia se pretenda blindar a una persona jurídica de su responsabilidad penal, NEIRA PENA, A., «La prueba en», cit., p. 282.

¹¹⁹⁵ Como lo advierte en España la FGE en la Circular 1 / 2011, p. 49.

De su lado, la ausencia de regulación como eximente, complica el panorama, sobre todo, a la hora de su posible tratamiento en el seno de un proceso penal, generando en ese sentido incertidumbre –a la que coadyuva «*la falta de cultura de compliance*»¹¹⁹⁶– entre los órganos de justicia penal ecuatoriana. Incertidumbre que debe comenzar a desvanecerse desde el año 2021 con la incorporación de los programas de cumplimiento como atenuante de RPPJ, y que ha llevado a plantear en este trabajo la posibilidad interpretativa¹¹⁹⁷ de cara a dar una respuesta positiva a una probable acreditación del *compliance* con todas las complejidades y riesgos que ello implica.

Al hilo de lo anterior, los parámetros de exigencia que por lo general cobijan las regulaciones donde se los considera eximente y atenuantes, convergen en las terminologías «*idoneidad y eficacia*». Lo que implica por un lado, que su entera satisfacción conllevaría a sus propósitos eximentes (si posteriormente se lo incorpora en este sentido), inclusive *de lege lata*, como programa o como alguna de sus actividades *compliance*, a sus propósitos de sobreseimiento o de sentencia absolutoria; y por otro, que de probárselo conforme a los parámetros exigidos en los arts. 45.7, d) y 49 del COIP, sirva para atenuar la RPPJ.

Sea que se pretenda probar a los programas de cumplimiento *de lege lata* como mecanismo para obtener sobreseimiento o sentencia absolutoria, o como atenuante (o inclusive en lo futuro *de lege ferenda* como eximente), la prueba por excelencia será la pericial.

6.2.6.1.- Compliance y carga de la prueba

Ya la doctrina extranjera ha advertido que la determinación de la carga de la prueba de los programas de cumplimiento está marcada por dos cuestiones: el modelo de imputación, y la naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento¹¹⁹⁸. A raíz de esta advertencia, la cuestión comienza a tornarse controvertida y sujeta a discusión, al punto de que por ejemplo, la jurisprudencia española se mantiene cauta cuando, conforme resalta PÉREZ-CRUZ MARTÍN¹¹⁹⁹, el TS ha aconsejado «*no interpretar algunas de las soluciones proclamadas como respuestas cerradas, ajenas a un proceso de ulterior matización*»¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁶ NEIRA PENA, A., «La defensa penal», cit., p.266. Al respecto, criticando la parquedad de la primera regulación española que del *compliance* se introduce en 2010 con la RPPJ, la autora resalta el silencio que la ley guardaba «*sobre extremos muy relevantes para configurar los deberes de la entidad en la implementación de tales modelos organizativos*», advierte los peligros que podían tener consecuencias en la seguridad jurídica, en el principio de taxatividad de la ley penal y, de legalidad penal y procesal, éste último a la hora del ejercicio de una posible «*creatividad judicial*» de cara a llenar lagunas que dejaba la regulación incompleta de la primera regulación.

¹¹⁹⁷ Ya se dejó planteada la posibilidad de que vía interpretación constitucional que conlleva a su vez a la aplicación de garantías básicas del debido proceso, específicamente aquellas que tienen que ver con el derecho a la defensa.

¹¹⁹⁸ Por todos Vid., PÉREZ-CRUZ MARTÍN., A-J., «Las respuestas de», cit., p. 259.

¹¹⁹⁹ Vid. PÉREZ-CRUZ MARTÍN., A-J., «Las respuestas de», cit., p. 260.

¹²⁰⁰ STS n° 145/2016, de 29 de febrero.

Con la segunda cuestión advertida se plantea el debate, al menos en la jurisprudencia extranjera¹²⁰¹, respecto a que si el *compliance* es eximente¹²⁰², excusa absolutoria¹²⁰³, o circunstancias de excepción de la responsabilidad¹²⁰⁴. Inclusive, en el caso de España, el TS se ha preocupado por los daños colaterales o reputacionales que pueda implicar la tardía exoneración de la RPPJ a través de *compliance*¹²⁰⁵, dejando abierta la posibilidad de que la persona jurídica investigada emplee los medios probatorios necesarios para demostrar su cumplimiento normativo¹²⁰⁶.

En la misma ruta de análisis, en España existen dos pronunciamientos interesantes que merecen ser traídos a colación. Así, partiendo de la premisa regulatoria del *compliance* como eximente de RPPJ, la jurisprudencia del TS español, entabla el debate respecto de su naturaleza ya en sede de la culpabilidad o en el tipo objetivo. En efecto, es de parecer del TS, incorrecta la primera posibilidad, en tanto que lo considera adecuada la segunda. A esta puntualización llegan los magistrados del TS a la hora de fundamentar que la exoneración de la RPPJ se basa en la prueba de la existencia de herramientas *compliance*¹²⁰⁷ –o prueba del *compliance*– que en caso de ausencia –inexistencia del *compliance*– formaría parte del núcleo típico de la RPPJ, otorgándole por ende, la condición de una «*causa de justificación*»

En esa misma línea de la tipicidad, pero desde la explicación de un modelo vicarial, asoman voces como las de la FGE-E, que ha preferido pronunciarse respecto de la naturaleza de la eximente *compliance* como una «*excusa absolutoria*», esto bajo la asunción de la transferencia de responsabilidad que inferiría el citado modelo, y que en letras de la propia Circular de FGEE, un *compliance* legalmente acreditado operará como excusa absolutoria, como una causa de exclusión de la punibilidad y no como causa de supresión de la punibilidad.

Planteadas así la cuestión, asoman dos posturas que –con visos en la tipicidad– difieren radicalmente una de la otra. Empero, como queda en evidencia, la cuestión pasa también por

¹²⁰¹ Al menos en España a la luz de la regulación de la RPPJ. Luego, ha sido la propia jurisprudencia la que ha ido matizando y pronunciándose sobre esta problemática, hasta el punto de llegar a sostener que «*ya se calificquen esas causas abstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistemas de circunstancias eximentes, ya se predique respecto de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas jurídicas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal*», STS n° 221/2016, de 16 de marzo. De ahí que, la indicada Sentencia proclama también, la advertencia de que la fiscalía no está exenta de probar el incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Siendo aún más categórica al afirmar que el fiscal debe acreditar que en el delito cometido por la persona física concurre el denominado delito corporativo «*por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015*».

¹²⁰² En los términos que regula el art. 31 bis del CP de España.

¹²⁰³ Conforme al criterio de la FGEE advertido en la Circular 1 / 2016, de 22 de enero.

¹²⁰⁴ De acuerdo a la postura del TS en la STS n° 154 / 2016, de 29 de febrero.

¹²⁰⁵ Al punto de sostener que lo que se persigue es la pronta exoneración de la RPPJ, de cara e evitar daños reputacionales mayores para la persona jurídica, STS n° 154/2016, de 29 de febrero.

¹²⁰⁶ STS n° 221/2016, de 16 de marzo.

¹²⁰⁷ STS N° 154/2016, de 29 de febrero.

la diferenciada consideración del tipo de responsabilidad que abogan en un caso el TS, y en otro la FGE-E. Sin embargo, las dos posturas tienen también connotaciones distintas en la carga de la prueba. Así, por un lado, conforme a la postura del TS, la carga de la prueba le corresponde siempre a la acusación, en tanto que, conforme al criterio de la FGE-E, la carga de la prueba le corresponde a la parte que pretende beneficiarse de la excusa. Pero, razonable es también la opinión de TS, en el sentido de que pese a que resulta obligatorio la prueba de la inexistencia del *compliance* a cargo de la acusación, no impide que para efectos de evitar consecuencias mayores que implica un procesamiento, sea la propia persona jurídica quien pruebe esa causa de justificación, pero jamás esta opción podrá ser bajo exigencia jurídico-penal.

En resumen, al hilo del debate planteado, en caso de que el defecto de organización sea considerado un elemento del tipo, la carga de la prueba del *compliance* le corresponderá a fiscalía o a la acusación particular¹²⁰⁸. Por otro lado, si se admite que el defecto de organización constituye una causa de justificación, la carga de la prueba *del compliance* le va a corresponder a la parte que lo alega. Pero además, como se advirtió, la cuestión también pasa por el modelo y sub modelo de imputación de RPPJ.

Al hilo de lo anterior, hay que tomar en consideración, además, cuestiones de posibilidad o imposibilidad o de dificultad. En ese sentido, en caso de que sea la defensa quien pretenda eximirse de la RPPJ, no le sería difícil probarlo, toda vez que la empresa podría tener alguna experiencia de *compliance*. En cambio, para la fiscalía puede resultar compleja la situación probatoria, cuando en el ejercicio de la contradicción, para desvirtuarlo, no cuente con la especialización ni los medios necesarios para el efecto, lo que iría, a su vez, empujando a los tribunales penales a depender siempre de pericias altamente especializadas, dejando por ende, en manos de expertos cuestiones de valoración probatoria, lo que resulta cuestionable¹²⁰⁹.

Por otro lado, en caso de inclinarse por la carga de la prueba por parte de la propia persona jurídica que lo alega, se cuestiona la peligrosidad que reportaría dejar en manos de las empresas la elección de la prueba para mitigar o desvirtuar su responsabilidad penal¹²¹⁰. Y a pesar de que, si bajo el argumento de quien *mejor que sea la propia persona jurídica la que*

¹²⁰⁸ Vid. AA.VV., «Compliance Penal», cit., p. 20.

¹²⁰⁹ Así se intuye de la observación que al respecto realiza NEIRA PENA, A., «La persona jurídica», cit., p. 805, cuando reflexiona sobre el riesgo que se corre en este sentido, por la valoración que de la eficacia del *compliance* pueden realizar los peritos.

¹²¹⁰ Vid. BUSATO, P., «Lo que no», cit., p. 5. En tal sentido concluye este autor que, «*La clave de la cuestión es que si pensamos que al Derecho penal – y por ello, al Estado – incumbe lidiar con los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes para el desarrollo social de las personas, no parece lógico, teniendo en cuenta que muchos de los casos más graves de ofensas a bienes jurídicos de los últimos tiempos tienen relación con las personas jurídicas, que se entregue a ellas mismas la posibilidad de definir qué pruebas se va a recoger para la apuración de responsabilidad en tales casos*».

se encuentra en condiciones de probar no solamente la existencia del *compliance* sino también su contenido adecuado y la eficacia, de optarse en Ecuador por esta postura, será la persona jurídica procesada quien deberá probar la existencia y eficacia del *compliance*; no obstante, las reglas de prueba exigen que quien alegue un hecho tenga que probarlo, en tal sentido, si la fiscalía quiere imputar la comisión de un delito atribuible a la persona jurídica – bajo el argumento de defectuosa organización– deberá probarla la no existencia de un *compliance*. Empero, si como se indica, es la persona jurídica procesada quien lo alega como causa de no exigibilidad, será ésta quien deberá probarlo. Dos cuestiones que en el fondo pueden tener más connotación en la teoría que en la práctica, pus, al final lo que interesará es su acreditación probatoria.

Ya en materia de Derecho positivo ecuatoriano, la acusación en todos los casos del ejercicio público de la acción le corresponde a la fiscalía con la intervención o no de acusador particular, ello porque a esta entidad le corresponde la carga de la prueba. De ahí que, en principio, es la llamada a probar las pretensiones punitivas de su acusación en nombre del Estado. Bajo esta primera premisa o aproximación –principio elemental del sistema acusatorio–, correspondería a la fiscalía la carga de la prueba. No obstante, ese deber recogido bajo el principio general de que *quien alega un hecho deber probarlo*, sufre el quiebre cuando se introduce una defensa contraria activa¹²¹¹. En este escenario y bajo la premisa esgrimida, resultaría que le corresponde o a la fiscalía o a la acusación la carga de la prueba, dependiendo de si se alega en sentido negativo la incorporación del *compliance* con miras a conseguir los efectos advertidos *supra*, esto dado su no regulación expresa.

Ahora bien, corresponde aproximar el debate español al caso ecuatoriano:

- a) Por un lado, pese a que, a cobijo del sistema penal ecuatoriano que conforme a la CRE exige el respeto al principio de culpabilidad, se asuma que el modelo de imputación de RPPJ que se visualiza en el art. 49 del COIP es el de autorresponsabilidad por defectuosa organización de la persona jurídica, sin embargo, al no regular los programas de cumplimiento como eximentes de esa responsabilidad penal, no se puede en primera instancia, abrir el debate de su naturaleza eximente. Pero, en todo caso, acudiendo nuevamente a parámetros interpretativos constitucionales, y en una posibilidad *lege ferenda*, de darse la posibilidad de su acreditación para obtener sobreseimiento o absolución bajo el criterio del aludido TSE y pretender su naturaleza justificante en sede del tipo, complicaría –por ahora– la tarea de la fiscalía quien deberá hacer un

¹²¹¹ La que ocurre cuando por ejemplo, la defensa del procesado alega un hecho que desvirtuaría el o los hechos de fiscalía o causación, o dicho en otras palabras, tiene una cuartada, en cuyo caso, será ésta quien está llamada a probar únicamente lo que ha alegado –se invierte la carga de la prueba–.

enorme esfuerzo para poder encuadrar en las reglas probatorias en la puerta de entrada de este instrumento en un proceso penal, y finalmente, por justificar la necesidad probatoria más allá de la no regulación expresa, lo que obviamente pondría en tela de duda la legalidad de la prueba. Sin embargo, de todas formas en atención al principio acusatorio, es lo más próximo y adecuado en el ordenamiento penal ecuatoriano.

- b) Por otro lado, si se pretende un modelo de responsabilidad por transferencia, la opción de la FGEE resulta viable y, en estos casos, sería plenamente aceptable la consideración del *compliance* en su naturaleza absolutoria del tipo –excusa absolutoria–, toda vez que, como ha dicho la FGEE en la Circular en cuestión, en el modelo vicarial el delito de la una clase de persona nace en el que comete la otra, pero que la entidad quedara exenta de RPPJ si acredita un *compliance*. De ahí que, por tratarse de excusa absolutoria con sede en la punibilidad, en los términos que critica el TS a la postura de la FGE-E, al tener que partirse de la preliminar «*afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye*», y conforme a las propias conclusiones de la FGE-E en el apartado 20^a respecto de la cláusula de exención, le corresponderá la carga de la prueba a la propia persona jurídica. Resultaría entonces, bajo criterios vicariales, que en el caso ecuatoriano la carga de la prueba del *compliance* como eximente de responsabilidad penal, le corresponde a la propia persona jurídica con las advertencias realizadas en el caso anterior.
- c) Siendo consecuente con lo planteado en este trabajo, concretamente en el Capítulo II, y en la medida que al defecto de organización se lo asume como un presupuesto objetivo del tipo, deberá probarlo al fiscalía, y si en esa actividad probatoria se encuentra con un *compliance idóneo y eficaz*, éste será valorado por el juzgador a la hora de resolver su situación jurídica, sea *de lege lata* como atenuante (art. 45.7,d COIP), o como herramienta de defensiva pro inocencia de la persona jurídica procesada.

Por ahora, a falta de regulación expresa, no cabe el debate de su naturaleza jurídica eximente de RPPJ. De ahí que el advertido debate español, no tendría cabida en el Ecuador en su efecto eximente, a lo sumo en materia atenuante, será probado en sede del tipo objetivo del delito que se verifique, cuya acreditación positiva permitirá *de lege lata* atenuar la RPPJ. Luego, si en ejercicio de la advertida libertad probatoria, se lo quiere acreditar para beneficiarse de una sentencia absolutoria, aunque también se lo pruebe en sede de los

elementos objetivos del tipo dentro del análisis de la defectuosa organización, su prueba no debe ser exigencia de la fiscalía sino de la propia persona jurídica que desea beneficiarse de él, en cuyo caso operaría como una especie de excusa absolutoria. De ahí que, de presentarse esta posibilidad, se estaría ante un caso de inversión de la carga probatoria.

7.- La sentencia contra la persona jurídica

Respecto de la sentencia, el COIP en el art. 621 distingue dos momentos en los que el juzgador o tribunal penal debe individualizarla a la persona jurídica procesada. Se trata, por un lado, del momento de la resolución oral, inmediatamente después de concluida la audiencia de juicio; y por otro, de la sentencia escrita que deberá notificar a los sujetos procesales dentro del plazo de diez días de finalizada la audiencia.

En efecto, la resolución oral o decisión que pronuncia tanto el juez en los procedimientos directos o el tribunal penal en los ordinarios, debe contener especificaciones de individualidad de la persona jurídica procesada y sentenciada en lo que respecta a la responsabilidad penal, la determinación de la pena, y la reparación integral en caso de que esa resolución sea condenatoria; del mismo modo, en caso de ser absolutoria o ratificatoria del estado de inocencia, deberá determinar las circunstancias particulares que llevan a declarar la inocencia de la persona jurídica, ello, implica en el juzgador unipersonal y pluripersonal conocimiento de la dogmática que encierra el sistema integro de RPPJ en Ecuador.

Luego, en otro momento y dentro del plazo advertido *supra*, la decisión deberá notificarse por escrito con una motivación ya más extensa y detallada de las mismas circunstancias pronunciadas en la resolución verbal.

Ya sea en uno u otro caso, en lo que respecta a la motivación de la pena, ha de excluirse – por obvias razones– las privativa de libertad, y centrar el análisis en aquellas determinadas en los respectivos tipos conforme al catálogo del art. 71, esto conlleva a reafirmar, que la persona jurídica únicamente es susceptible de sanciones pecuniarias o sanciones interdictivas¹²¹².

Los criterios de proporcionalidad y de personalidad de las penas le permitirán al juzgador modular y motivar la aplicación de las penas en base a las atenuantes del art. 45.7, y de las agravantes del art. 47.21 del COIP, en estricta observancia de la concurrencia de responsabilidades del art.50 del COIP, en caso de que se condene también a la persona física que cometió el delito atribuible.

¹²¹² Vid. GIMENO BEVIÁ, J., «Compliance y Proceso», cit., p. 308.

En lo que respecta a la motivación de las circunstancias fácticas¹²¹³, deberá determinar la verificación de cada uno de los elementos o requisitos de imputación del artículo 49 que han sido probados, esto es, que se trata de una persona jurídica con personalidad jurídica al momento del cometimiento de la infracción penal, que es de derecho privado, que el delito es de aquellos del *numerus clausus*, que ha existido un beneficio directo o indirecto para la propia persona jurídica o para algún o algunos asociados, que la o las personas naturales que delinquieron pertenecen a aquellas de las indicadas en el art. 49. También, deberá contener motivación respecto de la verificación de las circunstancias indicadas en el art. 50, en la medida que sean procedentes. En esencia, se requiere que la sentencia refleje la gravedad del delito, promueva el respeto de la legalidad, proporcione un castigo justo, permita una disuasión adecuada, y proteja a la sociedad de futuros delitos de personas jurídicas¹²¹⁴, es decir propicie los efectos preventivos del Derecho penal.

A manera de ensayo y en su aplicación específica a la persona jurídica en el caso ecuatoriano, en el advertido el modelo por autorresponsabilidad¹²¹⁵, a la sentencia contra la persona jurídica se la puede definir como *«La resolución judicial motivada que da por concluido el juicio penal contra una persona jurídica de derecho privado, y que decide sobre la verificación de un delito numerus clausus ocurrido en el seno de su organización defectuosa, cometido por cualquiera de la o las personas naturales de su seno determinadas en la ley para beneficio de la entidad o de sus asociados, ya sea ratificando su estado de inocencia o declarando su culpabilidad, y en éste último caso, imponiéndole la pena que le corresponda en atención también a la afectación de terceros»*¹²¹⁶.

¹²¹³ Respecto de la motivación, a pesar de que se concuerde que toda sentencia emitida bajo preceptos legales debe estar debidamente fundamentada con la finalidad de que se eviten posibles nulidades a posteriori, sin embargo, el requisito de la motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial prolijo, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas de las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que debe de considerarse suficientemente motivadas a aquellas que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, Vid. AA.VV., A. Melón Muñoz (dir.), P. Nieto Martín (coord.), *Procesal Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.

¹²¹⁴ Vid. BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Editorial La ley, Madrid, 2011.

¹²¹⁵ En tanto que, desde una óptica vicaria la regulación ecuatoriana permitirá asumir a la sentencia como *«La resolución judicial motivada que da por concluido el juicio penal contra una o varias personas naturales indicadas en el art. 49 del COIP, y que decide sobre la verificación de la conducta numerus clausus penalmente relevante ocurrida en el seno de una persona jurídica de derecho privado, para beneficio de ésta o de sus asociados, ya sea ratificando el estado de inocencia o declarando la culpabilidad de aquellas personas naturales de su seno, y que para el caso de las persona jurídicas, las penas se impondrán en atención también a la afectación de terceros»*.

¹²¹⁶ Otra alternativa un tanto conciliadora entre los modelos vicariales y por autorresponsabilidad, puede encontrar fundamento en aquella que la define como *«La resolución judicial motivada que da por concluido el juicio penal contra una persona jurídica de derecho privado y que decide sobre la verificación de un delito numerus clausus, cometido por una o varias personas naturales de su seno, sin necesidad de que se requiera también resolver la situación jurídica de alguna o algunas de dichas personas naturales, ocurrida en el seno de su organización defectuosa para beneficio de la entidad o de sus asociados, ya sea ratificando su estado de inocencia o declarando su culpabilidad, y en éste último caso, imponiéndole la pena que le corresponda en atención también a la afectación de terceros»*.

Como se puede notar, pese a los esfuerzos de abarcar elementos específicos de la regulación ecuatoriana, la definición ensayada en esencia contiene elementos de sentencias comunes¹²¹⁷.

De tratarse de una sentencia con varios procesados se deberá individualizar a todos y cada uno de ellos, y si se trata de una sentencia conjunta donde se esté sentenciando tanto a la persona natural cuanto a la jurídica, la sentencia aplicable a la persona natural difiere en cuanto a la motivación de la jurídica, tanto en la sanción aplicable, cuanto en la motivación de los elementos de imputación antes indicados con todas las circunstancias.

Por otra parte, en caso de que se haya probado el *compliance*, deberá también motivárselo en la sentencia, sea que se lo haya acreditado como instrumento *pro* inocencia o no, o de ser el caso, como atenuante de RPPJ.

Los requisitos de la sentencia los indica el art. 622, cuya referencia específica a la persona jurídica consta en su numeral 7. Además, la sentencia determinará de forma clara, en caso de las personas jurídicas, el cumplimiento de las penas que les son aplicables, como por ejemplo, los tiempos de las clausuras, de las actividades en beneficio de la comunidad de las prohibiciones de contratar con el Estado, y de todas las del art. 71 en la medida que como señala el art. 623, se tratan de penas restrictivas de los derechos de propiedad.

8.- La ejecución de la sentencia contra la persona jurídica

El art. 623 exige al tribunal penal la necesidad de que el tiempo de la condena y de las penas de restricción de los derechos de sean determinados con precisión, es decir, que para una ejecución adecuada de la sentencia condenatoria y por ende de la pena, esas situaciones advertidas en este artículo deberán quedar plenamente justificadas y motivadas también en la sentencia, sobre todo, en caso de las personas jurídicas sujetas a penas con determinación de tiempos o plazos. De ahí que, la pena que se imponga a la persona jurídica empezará a ser cumplida desde que la sentencia causa ejecutoría, esto es, luego del tercer día de habérsela dictado sin que se haya interpuesto recurso alguno, y de haber recurso de igual forma en tres días después de notificarse su resolución.

De la sentencia contra la persona jurídica, el legislador no ha determinado situación particular alguna respecto ni de su ejecución ni de su posterior control, debiendo asumirse que, por ahora, las mismas reglas aplicables a las personas naturales le son también atribuible a las jurídicas en esta materia en la medida que sean compatibles, como por ejemplo, en cuanto

¹²¹⁷ AA.VV., «Procesal Penal», cit. p. 507.

al órgano encargado de verificación, esto es el juez de garantías penales. Luego por cuanto no sufrirá penas privativas de libertad, no les es aplicables el Libro Tercero del COIP respecto del sistema penitenciario.

En la práctica, puede darse el caso que a una persona jurídica se imponga en sentencia una pena de tres años de clausura temporal (art. 71.3 COIP), y que con anterioridad la entidad a título de medida cautelar venía cumpliendo una clausura provisional de un año o más por ejemplo, en cuyo caso cabe una interrogante que merece reflexión ¿se debe sumar el tiempo de la clausura provisional (medida cautelar) al tiempo interpuesto en la clausura temporal (pena)?

Al respecto, si se parte que las *medidas contra societatem* ostentan la condición de medidas cautelares personales en la medida que limitan o restringen la libertad asociativa o el ejercicio de la libre actividad empresarial de la persona jurídica, entonces, con criterios de ambivalencias respecto de la pena de prisión preventiva que restringe la libertad ambulante de la persona natural procesada, habrá necesariamente que sumar el tiempo de la medida cautelar de clausura provisional al tiempo de la pena y, en cuyo caso, la sentencia se ejecutará únicamente en el tiempo restante que le quede de pena de clausura temporal. Por ser temporal, esta posibilidad no encuentra reparos en un análisis de compatibilidad con los cómputos de la pena de la prisión preventiva medida cautelar para efectos del cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia.

Capítulo 4

Conclusiones, Bibliografías y Anexos

I. Conclusiones

PRIMERA.- Derecho Penal:

- I. El sistema de RPPJ en Ecuador, hasta la conclusión de este trabajo, no ha generado jurisprudencia ni doctrina necesaria que permita, a partir de ahí, debatir cuestiones sustantivas de fondo. De ahí que, el estado de la cuestión en Ecuador hasta ahora se presente incierto. Esta situación, se debe, por una parte, al tiempo relativamente corto de vigencia de la RPPJ, y, por otra, a la inobservancia de justificativos políticos criminales de fondo que permitan debatir la voluntad legislativa de esta institución en la vertiente sustantiva.

Con respecto a la primera cuestión, ya han pasado más de seis años y aún no se consolida el debate local respecto de cuestiones sustantivas de la RPPJ, lo que existe son esporádicas investigaciones que siempre toman como referencia regulaciones extranjeras sobre la materia; esta situación tiene su origen en la ausencia de antecedentes sobre esta clase de responsabilidad en el ordenamiento penal ecuatoriano, como se ha determinado en el desarrollo de esta investigación. Con respecto a la segunda cuestión, en la Exposición de Motivos del COIP, no se encuentra justificación expresa de la voluntad legislativa sobre la RPPJ, a lo sumo, se puede concluir que fueron motivos externos –como las recomendaciones de organismos internacionales– los que terminaron por influir en el legislador a la hora de incorporar en el país, el sistema de RPPJ.

- II. En Ecuador no existe consenso con relación al modelo de imputación se avizora en la regulación del art. 49 del COIP. Así, algunos creen que se trata de un modelo de responsabilidad por transferencia; otros consideran que se trata de un modelo por autorresponsabilidad.

En el primer caso, los argumentos centrales versan respecto de la necesidad que el delito sea cometido por una persona natural o física, en cuyo caso, la responsabilidad de éstas se traslada a la persona jurídica, cuando se reúnan las demás circunstancias y requisitos del art. 49; no obstante, esta afirmación se choca de frente con el segundo

inciso del propio art. 49, que expresamente advierte independencia de responsabilidades; además, admitir este modelo, será admitir que se está frente a una clase de responsabilidad inconstitucional, contraria a principios como los de culpabilidad y personalidad de las penas, entre otros.

La segunda posibilidad interpretativa, esto es, que el sistema de RPPJ ecuatoriano establece un modelo de responsabilidad propio o por autorresponsabilidad, es el que se compadece con el sistema constitucional y penal ecuatoriano; sin embargo, la doctrina local no ha dado argumentos de fondo respecto de si se trata o no de un modelo «puro de autorresponsabilidad». En este sentido, luego de analizada toda la regulación local procesal y sustantiva penal respecto de la persona jurídica, se concluye que el sistema de RPPJ ecuatoriano se basa en un modelo de responsabilidad por el hecho propio, o autorresponsabilidad. Por ahora, se está frente a un modelo de autorresponsabilidad en el que se evidencia –aunque no de forma expresa– un defecto de organización por el que responde penalmente la persona jurídica, siendo éste el fundamento de la RPPJ.

- III. Con relación a la determinación de las entidades imputables, el art. 49 del COIP, establece un ámbito subjetivo de aplicación muy amplio, pues, al señalar que son penalmente responsables las personas jurídicas de derecho privado, si bien deja fuera a las de derecho público, no obstante, deja un amplísimo margen de potenciales entidades derecho privado a las que se le puede aplicar el sistema de RPPJ. Además, la regulación posibilita que la responsabilidad penal recaiga tanto sobre las personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro cuanto sobre aquellas que no buscan lucro.

La cuestión debatible respecto de las entidades a las que les es aplicable el sistema de RPPJ involucra a las personas jurídicas de derecho público, empresas mercantiles, y a los partidos políticos. Respecto de los primeros, se aboga por la urgente necesidad de una reforma al art. 49 del COIP que amplíe el sistema de RPPJ también para las empresas públicas mercantiles, pues, la corrupción en el sector público es un flagelo que en los últimos 15 años azota al país y en la que han participado empresas públicas mercantiles. No determinar para ellas el sistema de RPPJ genera sensación de impunidad. Además, también puede alimentar esa sensación de impunidad, los supuestos en los que ocurra la co-participación en delitos atribuibles de una persona jurídica derecho privado con una empresa mercantil de derecho público y, en cuyo caso, únicamente se determine la RPPJ a la entidad de derecho privado. En este

sentido, además de cuestiones de impunidad, se avizora cuestiones de derecho penal de autor advertidas por la doctrina, es decir, un derecho penal únicamente para una clase de persona jurídica y para otra no.

En la región, todos los demás países que han incorporado el sistema de RPPJ, han incorporado a las empresas mercantiles públicas en esta clase de responsabilidad penal. No se encuentra argumentos de peso para que Ecuador sea la excepción. En esta sugerida necesidad *de lege ferenda* de la responsabilidad penal de las empresas públicas mercantiles, habrá de considerarse la naturaleza de las actividades que éstas realizan y en las que se cometan los delitos atribuibles, priorizando los casos de actividades que no tengan impacto en prestaciones de servicios públicos trascendentales; las penas a imponerse podrán ser cualquiera de las que considere el legislador, pero en caso de tratarse de actividades relacionadas con las prestaciones de ciertos servicios públicos básicos o trascendentales, se debe optar por la imposición solamente de determinadas penas que garanticen la no afectación de esta clase de servicios. Finalmente, para una futura investigación más depurada al respecto, se deja planteada la posibilidad de una RPPPJ de derecho público de las instituciones estatales como Municipios, Prefecturas, Ministerios, etc., en la medida que se les sancione únicamente con multas, pues, dada la participación de estas entidades en delitos de corrupción atribuibles a las personas jurídicas, sobran motivos políticos criminales para su responsabilidad penal.

Con las reformas de 2021, no pasaron las pretensiones de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas del Estado como pretendía el proyecto ley de reformas al COIP aprobado por el legislativo. De todas formas, la regulación del art. 3 del citado proyecto, respecto de la RPPJ de derecho público, contenía una regulación muy generalizada que sugería una responsabilidad penal de todas las personas jurídicas del Estado, y no se observaba determinación especial respecto de las penas que se les podía aplicar. Esta situación podía generar incertidumbre respecto de si la RPPJ abarcaba también a las personas jurídicas instituciones estatales.

Con respecto a los partidos políticos, al igual que el caso de las empresas públicas mercantiles, existen suficientes motivos de política criminal que sugieren su necesaria incorporación al sistema de RPPJ, ya que no resulta argumento suficiente, la consideración que éstos son indispensables para el ejercicio de la democracia, ya que la propia ley de la materia o Código de la Democracia prevé la figura de la extinción.

- IV. Respecto del catálogo cerrado o *numerus clausus* de delitos atribuibles a las personas jurídicas, hasta la actualidad se contempla un número considerable de delitos, alrededor de ochenta. Debido a la falta de argumentos previos a la hora de incorporar la RPPJ, no se sabe con certeza cuáles fueron los criterios adoptados por el legislador a la hora de decantarse primero por la fórmula empleada *en los supuestos previstos en este Código*, y luego, por la selección de los delitos atribuibles.

De ahí que, en la praxis, la fórmula empleada por el legislador ecuatoriano obliga a realizar un minucioso rastreo en todo el Título IV del Libro Primero del COIP, que contiene la Parte Especial del Derecho penal ecuatoriano a efectos de establecer qué delitos les son atribuibles.

Con respecto a la selección de delitos atribuibles, resulta también inexplicable el hecho de que ciertos delitos que bien le pueden ser atribuibles a las personas jurídicas, se hayan quedado fuera del catálogo, como por ejemplo, los delitos de enriquecimiento ilícito privado (art. 297), la defraudación aduanera (art. 299), el delito de contrabando (art. 301), el mal uso de exenciones o suspensiones aduaneras (art. 302), entre otros.

De los países que en la región regulan la RPPJ, Ecuador es el que mayor cantidad de delitos le atribuye en el COIP a la persona jurídica a título de responsabilidad penal.

- V. En materia de los presupuestos de imputación, uno de ellos lo constituye el delito cometido por la persona natural que activa el sistema de RPPJ. Dentro de esta cuestión, se vislumbran en la regulación del art. 49 COIP dos figuras trabajadas por la doctrina y la jurisprudencia internacional, el denominado «hecho de referencia o conexión», y la «doble vía» de imputación de hechos. Respecto de lo primero, se concluye que el delito cometido por la persona natural de aquellas indicadas en el art. 49 COIP, no constituye el fundamento de la RPPJ sino únicamente un presupuesto de imputación. Respecto de la «doble vía», la primera la conforman los que ostentan un rol principal en la persona jurídica; y, la *segunda vía*, la conforman todas aquellas personas que, trabajando para la entidad, se encuentran bajo supervisión y control de aquellas que forman parte de la *primera vía*. Esta «doble vía» permite concluir que se está frente a una responsabilidad penal por defectuosa organización, al menos en lo advertido en la *segunda vía*.

En esa *primera vía* advertida, la reflexión respecto de la RPPJ por el actuar del administrador de hecho, se concluye en sentido positivo, es decir, que la actuación del administrador de hecho sí activa el sistema de RPPJ, en la medida que su actuación encuadre en el presupuesto del art. 49, esto, además de lo argumentado en este trabajo, por cuanto el citado artículo, entre las personas naturales de la primera vía, ubica por un lado a los administradores (de derecho), y por otro a quienes cumplan actividades de administración en general (en estos casos se considera que se está frente a la administración de hecho). Eso sí, siempre que ese actuar este dentro del ámbito de actuaciones de la entidad.

Respecto del beneficio como presupuesto de imputación al que se refiere el art. 49 del COIP, se asume postura por la inclusión del beneficio directo e indirecto, pese a que expresamente la regulación no lo diga, pues, caso contrario, tornaría insuficiente la regulación de la RPPJ desde la óptica política criminal. Por otro lado, la consideración de que si es necesario que el beneficio se verifique, o si es suficiente la sola intención de beneficiar, por justificativos políticos criminales, se considera que no es necesario que el beneficio se verifique, pues, por ejemplo, si alguna persona jurídica sobornó a un funcionario para beneficiarse de la adjudicación de una obra pública, y la intervención de la justicia interrumpe la ejecución de la obra y por ende el pago a la entidad (beneficio), la intención de beneficiarse se dio desde el momento del soborno, y resultaría irrelevante para los fines penales si ese beneficio se ha verificado o no. No obstante, para clarificar el panorama y reforzar los fines del Derecho penal en el ámbito de las personas jurídicas, se sugiere que en reforma se haga mención expresa tanto a las dos clase de beneficio (directo e indirecto) cuanto a la intención de beneficiarse.

- VI. Respecto del fundamento de la RPPJ en Ecuador, la investigación realizada permite concluir que, hasta el cierre de este trabajo, pese a que el legislador ecuatoriano no haya mencionado al defecto de organización de forma expresa en la regulación sustantiva de los arts. 49 y 50 del COIP, constituye éste el injusto propio de la persona jurídica –de ahí se puede entender la advertida independencia de responsabilidades– y por ende, se aboga por su necesaria consideración dogmática como fundamento jurídico-penal de imputación de la RPPJ.

Lo advertido cobra mayor sustento con la pretendida reforma de diciembre de 2020 indicadas *supra*, según la cual la persona jurídica responderá penalmente cuando no tenga incorporado programas de cumplimiento o teniéndolo resulte ineficaz.

- VII. La tentativa es otra de las instituciones que generan incertidumbre de cara a abogar por la asunción de un modelo de autorresponsabilidad puro. En el caso ecuatoriano, la tentativa únicamente procede en los delitos dolosos. Esto no presentaría inconveniente alguno con el sistema *numerus clausus*, pues en su totalidad los delitos catalogados como atribuibles a las personas jurídicas son dolosos. Ya en el debate respecto de si la persona jurídica responde por dolo o por imprudencia, y en tal evento se asuma que en los sistemas donde el dolo de la persona natural o física se atribuye a la jurídica, no habría problemas de admitirse tentativa, esto a la luz del sistema vicarial. Si por contrario, se aboga por un modelo de autorresponsabilidad puro, y en el cual, la persona jurídica responda por imprudencia, es decir, por haberse organizado defectuosamente y como consecuencia de ello permitir que se cometa un delito para su beneficio, esta situación choca con los propósitos y fines de este modelo, en cuyo caso, la tentativa al haber únicamente en los delitos dolosos, resulta improcedente. Aunque también cabe la posibilidad de una construcción de un «*dolo propio*» de la persona jurídica, en la medida que ésta se organice defectuosamente para permitir o facilitar el cometimiento, con conocimiento de los elementos objetivos del tipo –dolo–, un delito atribuible del cual se beneficie.

Ahora bien, de admitirse la tentativa conforme al art. 39 del COIP, se sugiere que se reestructure *de lege ferenda* el tercer inciso del citado art. 39, o en su defecto se incorpore un inciso nuevo en donde se determine la pena aplicable para la persona jurídica en caso de tentativa, pues, el actual, únicamente permite aplicarla –pena por tentativa– en las multas; en las demás penas del art. 71 del COIP, dado a que no tienen rangos cuantificables predeterminados, resulta incompatible la actual regulación del art. 39¹²¹⁸.

- VIII. Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en Ecuador vienen constituidas por las atenuantes y las agravantes. El legislador ecuatoriano al introducir inicialmente el sistema de RPPJ en el COIP no había especificado nada respecto de su aplicación a personas jurídicas. Sin embargo, con las reformas de 2021 incorpora

¹²¹⁸ Ello por cuanto según el art. 39 del COIP, la pena por tentativa es de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado, y como con excepción de la multa, las penas atribuibles a las personas jurídicas no contienen

cuatro atenuantes (art. 45.7) y una agravante que al parecer en realidad son dos o tres (art. 47.21). En el caso de las atenuantes, las tres primeras son *ex post delicto*, mientras que la cuarta (programa de cumplimiento) es una atenuante *ex ante delicto*; y dado la defectuosa redacción de algunas de ellas, tendrán complicaciones en la aplicación práctica que deberán ir siendo zanjadas por la jurisprudencia penal o inclusive constitucional. Igual observación merecen las agravantes, en la que se observa una redacción demasiado ambigua y muy defectuosa. Empero, el problema de fondo radica en los mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes que –a propósito de la reforma– no se han especificado respecto de las personas jurídicas, y por ende, no permitirá atenuar penas que no posean rangos cuantificables como por ejemplo, las clausuras permanentes, el comiso penal, los trabajos comunitarios que no se puedan cuantificar en tiempo, la disolución y liquidación, la extinción, la remediación integral de los daños ambientales, y la prohibición definitiva de contratar con el Estado, lo que lleva a concluir que únicamente son atenuables las penas cuantificables en dinero como las multas, y en tiempo, como las clausuras y las prohibiciones provisionales.

De ahí que, para efectos de fortalecer el respeto al principio de individualidad de las penas (o personalidad de las penas como en el caso español), se sugiere la necesidad *de lege ferenda*, de la incorporación de mecanismos propios de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, que permitan atenuar de forma clara las penas del catálogo del art. 71 del COIP.

- IX.** Finalmente, el sistema de penas aplicables a las personas jurídicas, en el caso ecuatoriano, presenta un mar de dudas e inconsistencias que ni la jurisprudencia ni la doctrina alcanzan aún a clarificar. Y es que, en la actual regulación no se encuentra criterios claros de imposición, modulación y cumplimiento de las penas aplicables a las personas jurídicas. Ante la falta de solución legislativa, este trabajo ha dado respuesta a cuestiones como cómputo, acumulación, cuantificación y cumplimiento de las penas aplicables a las personas jurídicas.

SEGUNDA.- Compliance

De todas formas, el *compliance* como atenuante bajo el fundamento atenuante de la necesidad de que las personas jurídicas se reorganicen para prevenir o evitar la comisión de posteriores o nuevos delitos.

- I. Pese a que desde que se introduce en Ecuador el sistema de RPPJ, no se regularon expresamente los programas de cumplimiento en el COIP, sin embargo, este cuerpo normativo regula ciertas actividades de *compliance* que bien pueden ser ejercitadas por parte de una persona jurídica contando o no con un programa de cumplimiento. En estos casos, cuando ello ocurra, al amparo del principio de libertad probatoria (art. 454.4 COIP), la defensa de la persona jurídica probando la eficacia de alguna o algunas de esas actividades, bien puede, según el momento procesal oportuno, obtener una no imputación penal cuando el proceso inicie por fase pre procesal de investigación previa. Más adelante, de acreditarse esas actividades *compliance* en la etapa procesal de instrucción fiscal puede servir para que en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, se abogue por el sobreseimiento de la persona jurídica; y, finalmente, si de todos modos se llega a la etapa de juicio, puede servir para que en la audiencia de juicio se pruebe, de cara a obtener la ratificación del estado de inocencia de la persona jurídica.

De ahí que, por ahora, de *lege lata* la naturaleza jurídica del *criminal compliance* en la regulación penal ecuatoriana –bajo la argumentación esgrimida– no es la de ser eximente de RPPJ, sino la de una herramienta defensiva para lograr una no formulación de cargos, un sobreseimiento, o una sentencia absolutoria, con fundamento en la ausencia de tipicidad de la conducta.

- II. En la actualidad el *compliance* ha tomado cuerpo en la regulación penal ecuatoriana a partir de las reformas de 2021, pero sólo en su naturaleza atenuante. En efecto, el art. 45.7,d) recoge a los programas de cumplimiento como atenuante *ex ante* delito, lo que puede resultar una tanto desproporcionado, en atención a que los efectos atenuantes son

menores en relación a los efectos eximentes (como atenuante sólo disminuye el rigor de la pena y como eximente permite una no imposición de una sanción penal). Esta advertencia puede evidenciarse si se compara con la regulación de otros países que lo regulan, donde las exigencias o requisitos del *compliance* son menores en los efectos atenuantes frente a las exigencias o requisitos eximentes de RPPJ. De ahí que, debió permitirse –por cuestiones de política criminal– que su implementación como atenuante pueda ser acreditada *después de la comisión del delito* (si la persona jurídica lo tenía implementado previamente mejor) *y hasta antes de la audiencia de juicio oral*. De todas formas esta es una posibilidad de *lege ferenda*.

- III. Pese a que los programas de cumplimiento como instrumento normativo no tenían tradición o arraigo penal previo a las reformas de 2021, sin embargo, el ejercicio de algunos elementos o actividades *compliance* fuera de la naturaleza eximente o atenuante ya venían tomando cuerpo en la legislación penal y en la procesal. Así, por una parte, el art. 319 del COIP sanciona la figura de la omisión de control de lavado de activos. La citada regulación contiene una norma que deja entrever la presencia del oficial de cumplimiento, al que se le atribuirá responsabilidad penal por omitir sus actividades de prevención, detección y control de lavado de activos. En la aludida regulación se puede evidenciar la responsabilidad que tiene el oficial de cumplimiento frente a las actividades relacionadas con el delito de lavado de activos –delito atribuible a las personas jurídicas–. De ahí que, por tratarse este delito de uno de aquellos atribuibles también a las entidades a título de RPPJ, de *lege lata* la figura del oficial de cumplimiento toma cuerpo en la regulación local de la RPPJ.

Por otra parte, en el Libro Segundo del COIP, asoman instituciones interesantes que dejan prever figuras y actividades de *compliance* como por ejemplo, los *whistleblowing* y *whistleblowers* (aunque no precisamente están reguladas con estos nombres). De estas regulaciones, llama la atención –por novedoso– en el país, el sistema de incentivos al *whistleblowers* contemplado en el art. 430.2 del COIP, que consiste en un monto dinerario que fluctúa entre el 10 al 20 por ciento

de lo recuperado. Respecto del *whistleblowing*, la legislación procesal ecuatoriana prevé la posibilidad de preservar la identidad del denunciante mediante el empleo de códigos alfa numéricos, registros cronológicos, entre otros.

En definitiva, en la regulación advertida se puede observar ciertos elementos y actividades específicas de *compliance* que permiten concluir por un lado, que de alguna forma, este instrumento no es ajeno a la regulación del COIP, aunque no asome hasta ahora en la naturaleza eximente; y, por otro lado, permite ir consolidando el camino de cara a su empleo como mecanismo de defensa de la persona jurídica pro inocencia, pero también de cara a su abordaje de *lege lata* como atenuante y como herramienta pro absolutoria de la persona jurídica, y de *lege ferenda* como eximente de RPPJ.

- IV. En materia de autorregulación, pese a que el *compliance*, como se ha indicado, no tenga relevancia penal en la naturaleza eximente, sin embargo, está latente la necesidad autorregulatoria de las personas jurídicas. Esto porque dado la vigencia del sistema de RPPJ, es necesario que en la práctica las entidades con personalidad jurídica se autorregulen de cara a enfrentar un procesamiento penal con herramientas que aunque no eximan sí atenúan, y además, permiten buscar una no imputación, un sobreseimiento o una sentencia absolutoria de responsabilidad penal. Asoma entonces, para tales propósitos, la opción de una autorregulación regulada en la que se adscribe la necesidad del *criminal compliance* eficaz.

La advertida autorregulación regulada, en apego a ciertos estándares internacionales, implica que se articulen y se co-regulen las prácticas o actividades empresariales y los parámetros de cumplimiento normativo que determinen las autoridades públicas locales. Esto permitirá de *lege lata*, que el debido control se incardine en las empresas para la prevención y detección de delitos, y además para que enfrentar procesos penales en tiempos de RPPJ.

- V. Como atenuante de RPPJ, el art. 45.7,d) del COIP exige que el programa de cumplimiento observe dos aspectos indispensables: a) que sea implementado o regentado por un departamento u órgano (órgano de cumplimiento) con carácter autónomo en el caso de personas jurídicas de grandes dimensiones, y en caso de PYMES, es suficiente que el programa de cumplimiento esté bajo la responsabilidad de una sola persona (*compliance officer*); y, b) que el *compliance*

funciones en todos los niveles de la persona jurídica (directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos). El art. 49 del COIP señala como requisitos mínimos del *compliance*, el mapa de riesgos; controles internos y responsables de los procesos; supervisión y monitoreo permanentes internos y externos del programa y de los procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales; modelos de gestión financiera; canal de denuncias; código de conducta; formación permanente del personal; mecanismos de investigación interna; deberes de informar la comisión de delitos al órgano o al oficial de cumplimiento; normas para sancionar vulneraciones del sistema; y, programas conozca a su cliente o debida diligencia.

Como se observa, la regulación exige un programa de cumplimiento «*completo*» para los efectos atenuantes, lo que implica un elevado coste para las personas jurídicas a efectos de beneficiarse únicamente de atenuantes penales. En tal sentido y dado el requerimiento *ex ante* delito, se observa que la voluntad legislativa ha sido considerarlo únicamente herramienta preventiva.

Si dentro de un proceso penal un *compliance* llega a ser acreditado como atenuante, únicamente servirá para modular penas cuantificables en montos y tiempos como las clausuras temporales y las prohibiciones temporales de contratar con el Estado, lo que ahonda más su coste, pues, la persona jurídica pese a que ha realizado un gran esfuerzo económico para tener implementado un *compliance*, no sólo que no podría servirse de él para eximir su responsabilidad penal, sino tampoco para atenuar penas fuertes como el comiso, disolución, liquidación y extinción, o las clausuras y las prohibiciones permanentes, así como otra clase de penas como las remediaciones ambientales y los trabajos comunitarios. Sumado a ello, el actual mecanismo del art. 44 del COIP, para atenuar la pena exige que se verifiquen dos atenuantes y ninguna agravante, es decir, además del *compliance* se deberá observar cualquiera de las otras atenuantes indicadas en el art. 45.7 del COIP (excesivo coste para los solos efectos atenuantes).

- VI. Con respecto a la omisión regulatoria de los programas de cumplimiento en el COIP, siguiendo el hilo del argumento esgrimido en este trabajo y defendiendo la postura de que en el evento que se acredite un *compliance* o alguna de sus actividades eficaces, pueda la persona jurídica conseguir una absolución; se puede afirmar, entonces, que la omisión regulatoria que mantiene el legislador

hasta la actualidad en el COIP, únicamente es refrida a la naturaleza jurídica eximente. Lo advertido permite concluir, que la intención del legislador es la de una omisión premeditada de efectos no eximentes de los programas de cumplimiento, para que a partir de la consideración de persona procesada, la persona jurídica pueda acreditarlo al amparo de la libertad probatoria, en los efectos indicados supra –no imputación o formulación de cargos, sobreseimiento, o absolución–.

- VII. Como eximente de RPPJ y de cara a una posible regulación de *lege ferenda*, esta naturaleza se proyecta como una necesidad imperiosa. Sin embargo, si no se deja expresamente advertida en la norma cuál debe ser su real naturaleza jurídica eximente, puede llegar a generar –como en España– un debate que se proyectaría en dos direcciones. Por un lado, con la tesis defendida por la FGE-E, en el sentido de que como eximente constituye una causa de inculpabilidad; y por otro, con la tesis defendida por el TS, en el sentido que se trata de un elemento negativo del tipo. Lo defendido por estas dos posturas incide, indudablemente, en materia probatoria. Así en el primer caso, la prueba de correspondería a la defensa de la persona jurídica, en tanto que en el segundo caso, la prueba le corresponde a la acusación o fiscalía.

El debate planteado debe ser advertido por el legislador reformista de cara a ubicar la naturaleza eximente del *compliance* en sede del tipo o de la culpabilidad, siempre tomando en consideración los principios que rigen al sistema procesal penal ecuatoriano, de los cuales, el acusatorio exige la carga de la prueba a la fiscalía. De ahí que, si se quiere ser consecuente con el modelo procesal penal ecuatoriano, se sugiere un *compliance* eximente como elemento negativo del tipo, aunque sin negar la posibilidad de que sea la propia persona jurídica quien lo pruebe, pero no como una exigencia de inversión probatoria.

- VIII. Respecto de la exigencia de implementación del *compliance* en el caso ecuatoriano, si se quiere dotarle de una obligatoriedad legal, no se encuentran reparos de *non bis in idem* para exigirlo mediante una regulación que sancione administrativa o penalmente su no implementación, siempre que se persiga únicamente a las personas naturales que ejercen la representación o la administración –según lo establezcan los estatutos sociales– y no las propias personas jurídicas; de esta forma la afectación será por omisión de la persona natural, quien sufrirá la correspondiente sanción penal o administrativa. Aunque,

de todas formas, indirectamente, en lo que respecta a las sanciones pecuniarias, las personas jurídicas verán afectados sus patrimonios, pues, sus representantes y administradores no responden más allá del patrimonio de la entidad. Pero, también es cierto que a las entidades les queda el derecho de repetición que pudieran tener contra sus administradores o representantes en caso de culpa o imprudencia o manifiestos intereses propios de los que no se beneficie la persona jurídica.

- IX. De las tres posibilidades analizadas en este trabajo respecto de la regulación de *compliance*, el caso ecuatoriano, esto es, que sea íntegramente regulado en el COIP; íntegramente en una ley especial; o, parte en el COIP y complementarlo con leyes especiales y reglamentos; el legislador ecuatoriano se ha decantado por la tercera opción. En efecto, el art. 49, inciso cuarto, advierte que en materia de *compliance* se dictará un Reglamento y se observará lo dispuesto en otras normas específicas.

En definitiva, en resguardo al principio de legalidad, pero también en la necesidad de evitar riesgos que pueden ocasionar el hecho de caer en regulaciones penales excesivamente detalladas, el legislador ha articulado un *compliance* entre lo penal y lo reglamentario y sectorial específico.

- X. Finalmente, se ha de advertir que la reforma del año 2021 que termina introduciendo al *compliance* como atenuante, resulta incompleta, lo que en principio, puede tornar cuestionable su aplicación, esto porque como se indicó *supra*, al no existir un mecanismo propio de atenuación de penas para las personas jurídicas, el *compliance* queda relegado a convertirse únicamente en una atenuante concurrente (con alguna otra de las indicadas en el art. 45.7 a, b, c), ello implica que, de por sí, el *compliance* no es un mecanismo autónomo de atenuación de la RPPJ. De todas formas, bajo el fundamento atenuante, está llamado a fomentar la necesidad de que las personas jurídicas se reorganicen para prevenir o evitar la comisión de posteriores o nuevos delitos, o al menos para atenuar la pena en caso de que no se los pueda prevenir.

TERCERA.- Derecho Procesal

- I. El Libro Segundo del COIP, contiene apenas tres artículos que especifican el proceso de la persona jurídica; se trata de los arts. 440, 550 y 622.7. El primero, considera a la persona jurídica como procesada, y advierte que le es potestativo el ejercicio de todos los derechos que le reconoce la CRE, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y el propio COIP; el segundo, especifica las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas sujetas a un proceso penal; y, el tercero, advierte al juzgador la necesidad de que al momento de dictar sentencia contra una persona jurídica, para efectos de imponerle la pena, se consideren los daños causados a terceros.

Esta situación ubica el debate ecuatoriano respecto de la persona jurídica procesada en dos extremos advertidos en este trabajo: por una parte, la persona jurídica procesada en el país se encuentra frente a un estatuto procesal insuficiente; y, por otra, que el estatuto procesal es equiparable al de las personas naturales, en el sentido de que corresponde al juzgador aplicar todas las instituciones procesales a todas las personas procesadas, incluida la jurídica, esto al amparo de lo que señala el art. 440 del COIP.

Tomando postura en el debate advertido, y luego de haber reflexionado algunas instituciones procesales en el capítulo tercero, cabe afirmar que la sola condición de sujeto pasivo del proceso penal la convierte en sujeto de aplicación de todas las instituciones procesales del Libro Segundo en el sentido de la advertencia del art. 440 del COIP. Sin embargo, existen ciertas instituciones que merecen especificación adicional respecto de las que el legislador ecuatoriano de forma general ha determinado para todos los procesados, como por ejemplo, comparecencia e incomparecencia de la persona jurídica, citaciones y notificaciones para la primera comparecencia, soluciones al conflicto de intereses entre el representante de la persona jurídica y la propia entidad cuando las dos clases de personas ostentan la calidad de sujeto pasivo del proceso penal, suspensión condicional de la pena de la persona jurídica, entre otros. Una posible solución al respecto consiste en introducir un margen suficiente de especificidades procesales a la persona jurídica, determinando con ello su estatuto procesal, como lo hizo por ejemplo España mediante Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

- II. Otro aspecto directamente relacionado con la conclusión anterior, tiene que ver con el hecho de que si se asume que únicamente las tres especificidades procesales advertidas se aplican con respecto a la persona jurídica procesada, acaso el mensaje del legislador ecuatoriano es el de asumir un proceso vicario y siempre en conjunto con la persona natural o física. Es decir, una vez considerada la persona jurídica como procesada, se le pueden aplicar medidas cautelares, y en la sentencia al momento de determinarse su responsabilidad penal, se verifiquen daños a terceros para imponerle la pena.

En lo personal, no se asume la postura de un proceso vicario o necesariamente conjunto entre persona natural y jurídica, hacerlo sería admitir la vulneración al principio de culpabilidad. Por el contrario, en atención a la regulación sustantiva de los arts. 40 y 50 del COIP, a pesar de la advertencia de la insuficiencia del estatuto procesal, se concluye que se trata de un procesamiento autónomo. Esto por cuanto, el «*hecho de referencia*», es sólo eso, una referencia o punto de partida que servirá para activar el proceso penal contra la persona jurídica respetando todos los derechos fundamentales y las garantías y principios procesales, pero no es suficiente para determinar su responsabilidad penal. Precisamente, ahí radica lo elemental de la independencia de responsabilidades.

- III. La situación de la persona jurídica procesada en el ámbito regional es hasta ahora incierta. Ello obedece, por una parte, a que hasta la actualidad no se ha activado el sistema regional para abordar alguna cuestión relacionada con aspectos de extranjería que involucren a una persona jurídica procesada penalmente. No obstante, considero que el Código de Derecho Internacional Privado «Sánchez de Bustamante», ofrece posibles soluciones a la hora de abordar cuestiones de extranjería. Por otra parte, en el mismo ámbito regional pero de derechos humanos, los derechos fundamentales de la persona jurídica son reconocidos únicamente puertas adentro, es decir en la legislación interna de los países suscribientes. El SIDH, cierra la posibilidad de su reconocimiento a las personas jurídicas cuando éstas quieran acudir en calidad de víctimas de vulneraciones a los derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso.

Sin embargo, se considera que existen argumentos suficientes como para que primero se diferencien los derechos humanos y fundamentales propios de las personas humanas, y los derechos y garantías procesales aplicables también a

las personas jurídicas; y segundo para su reconocimiento convencional en el SIDH. En este segundo caso, se sugieren algunas pautas como las siguientes: a) El reforzamiento de la figura de la representación judicial de las personas jurídicas cuando éstas son sujeto pasivo del proceso. b) La necesaria distinción entre los derechos humanos de goce que tienen todas las personas, y los derechos fundamentales que a toda clase de persona, incluida la jurídica, se garantizan en los procesos. c) Necesidad de ubicar a la propia persona jurídica como potencial víctima de vulneraciones a ciertos derechos procesales fundamentales como el debido proceso, por ejemplo. d) El reforzamiento del derecho de asociación, por el cual, se considere el derecho de una entidad que agrupa a varias personas naturales bajo un mismo fin común, y en tal sentido se reconozca que se trata de responsabilidades independientes. e) La experiencia interna de cada Estado que regula la RPPJ.

- IV. Respecto de la acción penal y de la oportunidad, luego del respectivo análisis de compatibilidad e incompatibilidad desarrollado en el Capítulo III de este trabajo, se concluye que por tratarse ésta de un principio reglado, los fiscales no tienen la potestad de aplicarlo en favor de las personas jurídicas, precisamente, por la incompatibilidad que se observa en la regulación del COIP.

Aunque por ahora la apuesta del *compliance* como principio de oportunidad está lejos, no obstante, con las reformas al COIP de 2021 que lo introduce como atenuante, se sientan las primeras bases para su futura discusión de cara a asumirlo también dentro de este principio. Ello por cuanto, en la actualidad, la situación procesal de la persona jurídica presenta desde la fase pre procesal de la investigación previa serios cuestionamientos discriminatorios, sobre todo, cuando, por ejemplo, en un eventual procesamiento conjunto contra una persona jurídica y una natural, solamente ésta pueda acogerse a los beneficios de este principio mientras que la jurídica no. De ahí que sea necesario ir madurando esta posibilidad, bajo la necesidad preventiva de evitar la comisión de delitos, como ha sugerido la doctrina especializada.

- V. De las clases de procedimientos que contempla el COIP, pese a que el Libro Segundo no diga nada de forma expresa respecto de si en todos o solamente a través de alguno de ellos se puede procesar a la persona jurídica, en un análisis de compatibilidad se puede advertir, tácitamente, que solamente los procedimientos expeditos quedan fuera de la órbita de procesamiento a esta clase

de entidades. No obstante, se dejan esgrimidos en este trabajo, serios cuestionamientos al derecho a la defensa en los procedimientos abreviados, en los directos y, en el ejercicio privado de la acción penal frente a las personas jurídicas.

- VI. Con respecto al procedimiento ordinario, se concluye que el ordinario –sin flagrancia– es el procedimiento ideal para procesar penalmente a una persona jurídica, esto por cuanto, los plazos de duración establecidos por el legislador para este procedimiento, permiten un buen ejercicio de la defensa técnica tanto para la acusación cuanto para la defensa de la persona jurídica.

Luego, en casos de procedimientos ordinarios con flagrancia, se sugiere la necesidad *de lege ferenda*, de que cuando sea factible verificar flagrancia en la persona jurídica, la instrucción contra ésta dure un plazo diferente al de duración para la persona natural, dicho plazo bien puede ser noventa días (similar al de aquellos casos de no flagrancia), más los adicionales en caso de vinculación o reformulación; o en su defecto, se determine expresamente que para la persona jurídica procesada en todos los casos –esto es con independencia de si se pueda verificar flagrancia o no– la instrucción durará 90 días y un máximo de 120 (eso último en casos de haber vinculaciones).

- VII. Finalmente, con respecto a la sentencia, y los requisitos señalados en el art. 622 del COIP, además de la advertencia legal de la consideración de daños a terceros en caso de personas jurídicas (art. 622.7 COIP), considero que sería necesario incorporar *de lege ferenda* algunas especificaciones referentes a esta clase de personas al momento de ser sentenciadas. Así por ejemplo, en el numeral 1, señala textualmente que la sentencia debe contener « (...) el nombre y el apellido de la o el sentenciado y los demás datos que sirvan para identificarlo», esta exigencia, como se puede notar, está redactada y dirigida a la persona natural, pues, para las personas jurídicas debería agregarse que *en caso de personas jurídicas, se hará constar su denominación o razón social*.

Además, el art. 622.2 COIP, que señala como requisito de la sentencia «*la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas*», merece una reforma que incorpore un texto que señale que «*en caso de que se condene*

a una persona jurídica y a la natural que comete el delito para beneficio de aquella, se hará una relación precisa y circunstanciada de los hechos punibles y de los actos de cada una de estas personas condenadas de forma separada».

Estas sugerencias de reforma, permiten reforzar la noción de responsabilidad penal independiente y de proceso penal autónomo, únicas compatibles con el sistema penal y procesal penal ecuatoriano.

II. Bibliografía

1. Doctrina

1. AA.VV., *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, 1ª ed., Madrid, 2007.
2. AA.VV., «El Juicio», M. Pérez Cebadera (trad.), *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1145-1217.
3. AA.VV., P. Martín Nieto (coord.), *Procesal Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
4. AA.VV., F. Bonatti Bonet (dir.), *Sistemas de Gestión de Compliance. Normas ISO y UNE 19601*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
5. AA.VV., *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II congresos internacionales Códigos de conducta y mercado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 19-30.
6. AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Compliance Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
7. AA.VV., A. Melón Muñoz (dir.), P. Nieto Martín (coord.), *Procesal Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
8. ABDELNOUR, R., *La Responsabilidad Civil Derivada del Hecho Punible*, Editorial Juricentro, San José, 1984.
9. ACHENBACH, H., «Sanciones con la que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán», en AA.VV., J. M. Silva Sánchez, B. Schunemann, J. De Figueiredo Dias (reed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. J.M. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 400-401.
10. ACUÑA SACOTTO, D., *Imputabilidad de las personas jurídicas en el Ecuador: naturaleza penal de las consecuencias accesorias*, E. Morales Morales (dir.), Tesis de Grado en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016.
11. AGUADO CORREA, T., *El Comiso*. EDERSA, Madrid, 2000.
12. ALBÁN PERALTA, W., «Personas Jurídicas» en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos Fundamentales*, disponible en: http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/to_pdf/109

13. AGUIAR ARANGUEREN, A., «Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en AA. VV., R. Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José de Costa Rica, 1994, pp. 95-113.
14. ALONSO GALLO, J., «Los programas de cumplimiento», en AA.VV., J. Díaz-Maroto Villarejo (dir.), G. Rodríguez Mourullo (pr.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)* Civitas, Madrid, 2011, pp. 143-200.
15. ALSINA, H., *Tratado Teórico Práctico De derecho Procesal, Civil Y Comercial, Buenos Aires, Argentina*, Ediar 2ª ed., vol. I., Buenos Aires, 1963.
16. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Apuntes de Derecho Procesal Laboral Tema 4. Medios de impugnación*, disponible en: https://ocw.uca.es/pluginfile.php/3708/mod_resource/content/2/TEMA%204%20MEDIOS%20DE%20IMPUGNACION%CC%81N.pdf
17. ANTICH SOLES, J., *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, J. Baucells i LLadós (dir.), Tesis Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2017.
18. ARANGÜENA FANEGO, C., «Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales privativas de libertad», en AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.), Mª. Sande Mayo (coord.), *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 53-104.
19. ARANGÜENA FANEGO, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y medidas cautelares personales», *Revista de Derecho Empresarial*, núm. 2, 2014, pp. 83-115.
20. ARAUJO GRANDA, M., *La nueva Teoría del Delito Económico y Empresarial*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.
21. ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Promociones y publicaciones universitarias (PPU), Barcelona, 1991.
22. ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
23. ARRIBAS ATIENZA, P., «La persona jurídica como responsable penal ante el proceso penal», *Revista Acta Judicial*, núm. 1, 2018, pp. 52-73.
24. ASTUDILLO MEZA, G., JIMÉNEZ MONTES, S., «Programas de Cumplimiento Como Mecanismo de Lucha Contra la Corrupción: Especial Referencia a La Autorregulación de Las Empresas», *Rev. Derecho y Sociedad*, núm. 45, 2015, pp. 63-73.

25. ATAHUAMAN PÁUCAR, J., «La fundamentación de la responsabilidad penal del compliance officer a través de su especial posición de garante. A propósito de la ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el Perú», en AA.VV., D. Caro Coria (dir.), L. Reyna Afaro (ed.), *Anuario Derecho Penal Económico y de la Empresa*, núm. 4, Ideas Solución Editorial, Lima, 2018, pp. 117-152.
26. ÁVALOS, E.; BUTELER, A.; MASSIMINO, L., *Derecho Administrativo 1*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2014.
27. AYALA DE LA TORRE, J., *Claves Prácticas*, Lefebvre-El Derecho, S.A., Madrid, 2016.
28. BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del proyecto de reformas del Código penal de 2009», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 3818, 2010, pp. 1-9.
29. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, Aranzadi SA., Cizur Menor, 2011.
30. BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad penal y administrativas de las personas jurídicas y programas de compliance (a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)», *La Ley*, núm. 7442, 2010, pp. 1568-1573.
31. BACIGALUPO SAGESSE, S., «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en AA.VV., J. M. Zugaldía Espinar, E. B. Marín de Espinosa Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
32. BACIGALUPO SAGESSE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)» *Diario La Ley*, núm. 7541, 2011, pp. 1-18.
33. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Culpabilidad y persona jurídica», *I Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*; 1998, pp. 13-25, disponible en:
<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10720/CC%2045%20art%2002.pdf?sequence=1&isAll owed=y>
34. BAJO FERNÁNDEZ, M., «¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEAC sobre el art. 179 LGT», *ADPCP*, vol. LXIV, 2011.
35. BAJO FERNÁNDEZ, M.; BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001.

36. BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica», con FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, SA., Cizur Menor, 2016, pp. 313-344.
37. BALCARCE, F., BERRUEZO, R., *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016.
38. BALLBÉ MALLOL, M., MARTÍNEZ QUIRANTE, R., «Law and globalization: Between the United States and Europe», en AA.VV., J. Robalino-Orellana, J. Rodríguez-Arana (dirs.), *Global administrative law Towards a Lex administrativa*, Cameron May, Londres, 2010, pp. 137-214.
39. BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Editorial La ley, Madrid, 2011.
40. BARCARCE, F. y BERRUEZO, R., *Criminal compliance y persona jurídica*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016.
41. BARESI, M.; PITTARO, P.; y, BERNASCONI, A., «*Il sistema cautelare nel proceso penale di societate tra esigenze di effettività e profili di inconstituzionalità*», Università degli studi di trieste, 2007/2008.
42. BARONA VILAR, S., «La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España», AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 53-110.
43. BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER J., MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional, III. Proceso Penal*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
44. BAUCESLLS LLADÓS, J., «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 177-218.
45. BAUTISTA SAMANIEGO, C., «Compliance y blanqueo de capitales», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017, pp. 141-174.
46. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, J. A. de las Casas (trad.), Ed. TECNOS, Madrid, 2008.
47. BENITEZ PALMA, E., «Herramientas para el análisis de riesgos en el control interno local: de los indicadores de transparencia al checklist normativo», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2018, pp. 19-32.

48. BERDUGO GÓMES, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J.; GARCÍAS RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J.; TERRADILLOS BASOCO, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Experiencia S.L, Barcelona, 2004.
49. BERNAT DE CELES, citado por Prieto Hechavarría, M., en «Fines de la Política Criminal», *Gestion Polis*, núm. 1, 2011, disponible en: <https://www.gestiopolis.com/fines-politica-criminal/>
50. BLANCO, H., *Lavado de activos por sujetos obligados: Análisis de la teoría de los delitos de infracción al deber*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
51. BLANCO CORDERO, I., *Responsabilidad penal de los empleados de la banca por el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1999.
52. BLUMENBERG, A., GARCÍA-MORENO, B., «Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Cocoy Bidasolo, V. Gómez Martín, J. Hortal Ibarra, B. Valiente Ivañez (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Edisofer, Madrid, 2014, p. 273-300.
53. BOCK, D., «Compliance y deberes de vigilancia en la empresa», en AA.VV., L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortiz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 107-122.
54. BONATTI BONET, F., «Legal Compliance (I): Una breve historia», disponible en: <https://www.bonattipenal.com/legal-compliance-i-una-breve-historia/>
55. BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
56. BOSCO GIMENO, J., «Ética, estética, cosmética y compliance», disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/1556/articulo-tica-estetica-cosmetica-y-compliance.html>
57. BRISEÑO SIERRA, H., *Derecho procesal*, vol. 1, Oxford, México, 2005.
58. BRUÑÉN BARBERÁ, F., «La prevención del fraude y de la corrupción», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 175-218.
59. BUSATO, P., «Brasil. La responsabilidad penal de personas jurídicas y la opción del proyecto de nuevo código penal brasileño», en AA.VV., J. M. Zugaldía Espinar; E. B. Marín de Espinosa Ceballos (dirs.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 51-85.

60. BUSATO, P., «Lo que no se dice sobre *Criminal Compliance*», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 1, 2017, pp. 1-31.
61. BUSCH, R., Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbaende, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., p. 154.
62. BUSTOS RAMÍREZ, J., «La Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AA.VV., J. Maier y A.M. Binder (comps.), *Derecho penal de hoy*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 15-26.
63. CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico del procedimenti cautelare*, Ed. CEDAM, Padova, 1936.
64. CALASICH, F., «Bolivia. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal boliviano» en AA.VV., J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinoza Ceballos (dirs.), *La Responsabilidad Criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi SA., Cizur Menor, 2015, pp. 23- 50.
65. CARASSAI, H.; DURINI, F., «Un punto acerca de la denominada “Responsabilidad Sucesiva” del Régimen de Responsabilidad Penal aplicable a las personas jurídicas privadas», 2018, disponible en: <http://www.abogados.com.ar/un-punto-acerca-de-la-denominada-responsabilidad-sucesiva-delregimen-de-responsabilidad-penal-aplicable-a-las-personas-juridicas-privadas/20890>
66. CARBAJALES D´CHIARA, M., *La regulación del mercado financiero. Hacia la autorregulación del mercado de valores*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2006.
67. CARNELUTTI, F., *Derecho procesal penal*, vol. 2, Oxford, México, 2003.
68. CARNEVALI RODRIGUEZ, R., «La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho Penal italiano, en particular a la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación», *Revista Ius et Praxis*, año XVI, núm. 2, 2010.
69. CARO CORIA, D., «La imputación objetiva en la jurisprudencia penal peruana», disponible en: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4643_03imputacionobjetiva_20.6.16.pdf
70. CARO CORIA, D., «Compliance y corrupción», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 108-129.
71. CARRIÓN ZENTENO, A., *Criminal Compliance*, Thomson Reuters, Lima, 2014.

72. CARRIÓN ZENTENO, A., «Derecho ambiental y compliance en el sector minero», en AA.VV., H. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018 pp. 167-173.
73. CARRIÓN ZENTENO, A. URQUIZO VIDELA, G., «La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y Compliance Program*, OLejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 308-327.
74. CARRAU CRIADO, R., *Compliance para PYMES*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
75. CASANOVAS YSLA, A., «Estándares internacionales en compliance: ISO 19600 y 37001», disponible en: <https://assets.kpmg.com/pdf/2018/07>
76. CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de cumplimiento generalmente aceptados*, Difusión jurídica, Madrid, 2012, pp. 61-92.
77. CASANOVAS YSLA, A., *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017.
78. CASASOLA GÓMEZ-AGUADO, A., «Antecedentes históricos de la responsabilidad internacional penal de las personas jurídicas», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 28, Parte comentarios, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2012.
79. CASTRO OLAECHEA, N., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos_estudiantiles/082011_Responsabilidad_penal_de_las_personas_juridicas.pdf
80. CEREZO DOMINGUEZ, A., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Ed. COMARES, Granada, 2004.
81. CIGÜELA SOLA, J., *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
82. CHANJAN DOCUMET, R., «Responsabilidad penal de las personas jurídica: ¿Un olvido o reinterpretación de los principios del Derecho Penal?», disponible en <https://fcp.es/wp-content/uploads/2018/01/RafaelChanjan-Documet-La-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas.pdf>
83. CLAVIJO JAVE, C., «*Criminal Compliance* en el Derecho penal peruano», disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe>
84. CLEMENTE CASAS, I., ÁLVAREZ FEIJOO, M., «¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad

penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbre y llamado por la seguridad jurídica)», *Actualidad Jurídica Uría-Méndez*, núm. 28, 2011, pp. 26-47.

85. COCA VILA, I., «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en AA.VV., J. Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp.43-76.
86. COLOM PLANAS, J., «Análisis jurídico del whistleblowers y canales éticos de delación», disponible en <https://www.controlcapital.net>
87. COMPLIA, CORPORATE COMPLIANCE, «Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas: criterios de imputación», disponible en: <https://www.complia.es/responsabilidad-penal-de-personas-juridicascriterios-de-imputacion>
88. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Legalidad -versus- oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios Públicos», *Primeras jornadas del Derecho Judicial*, Edit. Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1983.
89. COUTURE, E., *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, De Palma, Buenos Aires, 1997.
90. COUSIÑO, L., *Derecho penal chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.
91. COAÑA BE, L., «El modelo de imputación para personas jurídicas en el Código Penal del Distrito Federal, México: aspectos problemáticos», *Tribuna y Boletín de la FICP*, núm. 1-2016, pp. 22-38.
92. CUADRADO RUÍZ, M., La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿Un paso hacia atrás? Recuperado el 19 de junio de 2015, *Revista Jurídica de Castilla y León*, disponible en: http://www.larioja.org/upload/documents/687033_RJCYL_N_12-2006_La_responsabilidad_penal.pdf
93. CUERDA RIEZU, A., «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 62, 2019, pp. 157-209.
94. CURY URZÚA, E., *Derecho penal. Parte general*, 7º edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
95. DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho Público: La Autorregulación Regulada*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005.
96. DE CASSO Y ROMERO, I.; CERVERA Y JIMENEZ-ALFARO, F., *Diccionario de derecho privado*, Labor, Barcelona, 1950, II, pp. 2646-2647.

97. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., «Una “nueva” línea de intervención penal: El Derecho penal de las personas jurídicas», en AA.VV., A. Messuti, J. A. Sanpedro Arrubla (comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2001, pp. 65-80.
98. DE LA MATA BARRANCO, N., «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en AA.VV., N. de la Mata Barranco (coord.), J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 227-248
99. DE LA ROSA CORTINA, J., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2015.
100. DE VERO, G., *La responsabilità delle persone giuridiche: parte generale*, Giuffré, Milano, 2008, traducción libre.
101. DEL AMO SÁNCHEZ, J., *La responsabilidad penal de los administradores*, Factum Libri, S.L., Madrid, 2018.
102. DEL CAMPO, A., «La Unión Europea decidida a proteger a los “whistleblowers” o “alertadores” contra la corrupción», Conflegal, disponible en: <https://conflegal.com/20181125-la-union-europea-decidida-a-proteger-a-los-whistleblowers-o-alertadores/>
103. DEL MORAL GARCÍA, A., «Régimen de Penalidad de las Personas Jurídicas» en https://unirespana.s3.amazonaws.com/Facultad_Ciencias_Juridicas/Experto_Universitario_en_Compliance/PER04/doc/t3_moral.pdf
104. DEL MORAL GARCÍA, A., «Comparecencia, declaración y representación de la persona jurídica», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 289-299.
105. DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», *Diario La Ley*, núm. 7670, 2011, pp. 1-12.
106. DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO/2010», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pp. 1-28.
107. DIÉZ RIPOLLÉZ, L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, 2012, pp. 1-33.
108. DIEZ PIPOLLÉS, J., «Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación española», en AA.VV., J. Fernández

Teruelo (dir.), *Estudios en homenaje al Profesor Rodrigo Fábio Juárez Montes*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 195-217.

109. DURAN MIGLIARDI, M., «La prevención general positiva como límite constitucional de la pena: Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función». *Rev. derecho (Valdivia)*, vol. 29, núm. 1, 2016, pp. 275-295.
110. DONAIRES SÁNCHEZ, P., «Responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho comparado», *Revista Derecho y Cambio Social*, 2013, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40791-responsabilidad-penal-empresaderechocomparado>
111. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos», *Diario la Ley*, núm. 7796, 2012.
112. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control», en AA.VV., L. A. Arroyo Zapatero (dir.), A. Nieto Martín (coord.), *El Derecho Penal Económico en la era del compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 165-190.
113. ECHARRI CASI, F., «Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales», *Diario La Ley*, núm. 7632, 2011.
114. EHRHARDT, A., *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., pp. 156-157.
115. ESPARZA LEIBAR. I., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el rol del *corporate compliance* en el ordenamiento francés. Un interesante ejemplo de la lucha contra la corrupción», en AA.VV., J. L. Gómez Colomer (dir.), C. M. Madrid Boquín (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de organización de Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1403-1427.
116. ESPÍN MARTÍ, R., *El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento del compliance*, M. Ballbé (dir.), Tesis Doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2017.
117. ESPINOZA BONIFAZ, R., «Enfoque criminológico del compliance» (La necesidad de hacer leyes con finalidades político-criminológicas penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado, eficaces), en AA.VV., F. Rojas Vargas, J.E. Prado Soriano (dirs.), *Compliance aplicado al derecho penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Ideas Solución, Lima, 2019, pp. 205-222.

118. FARALDO CABANA, P., «Las Penas», en AA.VV, *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 114-115.
119. FARALDO CABANA, P., «¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?» en AA.VV., AJ. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 303-332.
120. FARALDO CABANA, P., «Los compliance programas y la atenuación de la responsabilidad penal», en AA.VV., J. L. Gómez Colomer, C. M. Madrid Boquín (dirs.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización de gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 157-180.
121. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en J. Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), G. Rodríguez Mourullo (pr.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal, operadas por la LO 5/2010 de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 65-141.
122. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las consecuencias jurídicas del delito», con BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 235-259.
123. FEIJOO SÁNCHEZ, B.; BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de Responsabilidad penal de las persona jurídica*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012.
124. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», con BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 297-300.
125. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Los requisitos del art. 31 bis 1», con BAJO FERNÁNDEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 75-88.
126. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal Español», con BAJO FERNÁNDEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 67-73.

127. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005.
128. FERNÁNDEZ, M., ROMÁN GARCÍA, S., «Nuevas normas internacionales en *compliance*», en AA.VV., I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 219-239.
129. FERNÁNDEZ DÍAZ, C.; CHANJAN DOCUMET, R., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 77, 2016, pp. 349- 379.
130. FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, ed. Reus, Madrid, 1929.
131. FIDALGO GALLARDO, C., *Las pruebas ilegales en el proceso penal de los Estados Unidos de América*, F. Gutiérrez-Alviz y Conradi (dir.), Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2001.
132. FIGUEROA NAVARRO, C., «Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. LXIV, 2011, pp. 398-524.
133. FRAMARINO, N., *Lógica de las pruebas*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2008.
134. GADEA BENAVIDES, H., «El Foreign Corrupt Practices Act y la Responsabilidad Penal de la Empresa», *THEMIS-Revista de Derecho*, núm. 68, 2016, pp. 153-162.
135. GALLEGO SOLER J., «*Criminal compliance* y proceso penal: Reflexiones iniciales», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín (dirs.), J. C. Hortal Ibarra, V. Valiente Ivañez (coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L / B de F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 195-229.
136. GARCÍA CAVERO, P. «Compliance y lavado de activos», *Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, disponible en www.ciidpe.com.ar
137. GARCÍA CAVERO, P., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Ponencia pronunciada en las XXVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 137-144.
138. GARCÍA CAVERO, P., «Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal peruano», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, vol. 7, 2006, pp. 93-127.
139. GARCÍA CAVERO, P., *Derecho Penal Económico*, Grijley, Lima, 2007.

140. GARCÍA CAVERO, P., «Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista de estudio de la justicia*, núm. 16, 2012, pp. 55-74.
141. GARCÍA CAVERO, P., «Compliance y lavado de activos», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, OLejnik, Santiago de Chile, 2018, pp. 155-164.
142. GARCÍA CAVERO, P., «La identificación de los riesgos de infracción penal en el marco de la formulación de un programa de cumplimiento normativo», en AA.VV., F. Rojas Vargas, J.E. Prado Soriano (dirs.), *Compliance aplicado al derecho penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Ideas Solución, Lima, 2019, pp. 81-96.
143. GARCÍA FALCONÍ, R., *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, Ed. ARA, Lima, 2014.
144. GARCÍA FALCONÍ, R.; ALBA ZURITA, E., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, especial enfoque al caso ecuatoriano», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 375-399.
145. GARCÍA-HERRERA, A., «Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del compliance penal», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 4, mayo-agosto, 2017, pp. 1-13.
146. GARCÍA HERNÁNDEZ, J., «Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables», *Diario La Ley*, núm. 7427, 2010, pp. 2-4.
147. GARCÍA MARTÍNEZ, M., «Régimen jurídico de la responsabilidad penal de empresas en España. Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus administradores», en AA.VV., I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 43-65.
148. GARRIDO MONT, M., *Derecho penal, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
149. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal», en AA.VV., F. Gascón Inchausti (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 19-103.
150. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

151. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Las medidas cautelares en los procesos penales frente a las personas jurídicas», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Diez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 323-328.
152. GAY TERÁN, M., «El conocimiento del funcionamiento de la empresa para la elaboración de un programa de cumplimiento normativo», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017.
153. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
154. GIMENO BEVIÁ, J., «De falciani a birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)», *La Ley*, núm. 9139, 2008, pp. 1-18.
155. GIMENO BEVIÁ, J., «Apuesta por el principio de oportunidad y los programas de compliance en el proceso penal de la persona jurídica», *Diario La Ley*, núm. 8437, 2014.
156. GIMENO BEVIÁ, J., «Jurisdicción y competencia en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Diez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 261-275.
157. GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECrim de 2015, Circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*, Aranzadi SA, Cizur Menor, 2016.
158. GIMENO SENDRA, V., «Los principios de legalidad y non bis in idem en la Doctrina del Tribunal Constitucional», *Diario La Ley*, núm. 6735, 2007.
159. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. Los procesos especiales*, Colex, Madrid, 4ª. Edición, 2012.
160. GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
161. GOENA VIVES, B., «Responsabilidad penal corporativa y *compliance programs*: Un estudio comparado de las legislaciones mexicana y española», en AA.VV., L. M. Reyna Alfaro (dir.), I. Coca Vila, A. Uribe Manríquez (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, Ideas Soluciones Editorial S.A.C, Lima, 2018, pp. 251-271.
162. GONZÁLEZ GUARDA, C., «La política criminal aplicada (PCA): La deriva de la política criminal hacia la política Pública», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, núm. 88, 2017, pp. 185-216.

163. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010, pp. 1-13.
164. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N., «Representación y defensa de la persona jurídica: el posible conflicto de intereses», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Diez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 277-288.
165. GONZÁLEZ SIERRA, P., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, E. J. Pérez Alonso y E.B. Marín de Espinoza Ceballos (dirs.), Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2012.
166. GONZÁLEZ SIERRA, P., «*La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
167. GONZÁLEZ SIERRA, P., «México. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México», en AA.VV., J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinoza Ceballos (dir.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2015, pp. 263-303.
168. GÓMEZ BERRUEZO, I., «Diseño de un sistema de *compliance*», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 209-223.
169. GÓMEZ COLOMER, J., «El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista en esta importante novedad legislativa», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 27, 2012, pp. 199-226.
170. GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Introducción al Derecho Procesal. (Abogacía y proceso)*, 5º ed., Forum, Oviedo, 1999.
171. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
172. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial» en C. Gómez-Jara Díez (ed.) *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Cizur menor, 2006, p. 93 y ss.
173. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoorganización empresarial y autorregulación empresarial», *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 08-05, 2006, pp. 01-27, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>

174. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un resumen», 2010, disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/16022287.pdf>
175. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 7534, 2010, pp. 1-14.
176. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Edit. Madrid, 2010.
177. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2010.
178. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «¿Qué modelo de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, p. 179-180.
179. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad de la persona jurídica» con BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 143-219.
180. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», con BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 121-141.
181. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», con BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 89-119.
182. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La atenuación de responsabilidad penal de las personas jurídicas» con BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 181-210.
183. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoría y participación en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», con BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 251-272.

184. GÓMEZ JARA-DIEZ, C., *Autorregulación y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ARA-Olejnik, Lima-Buenos Aires, 2017.
185. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas (el inicio de una larga andadura)*, M. Marchena Gómez (pr.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
186. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp.
187. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Incidencia de la Autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance programs*, Olejnik, Santiago, 2018, pp.
188. GÓMEZ MARTÍN, V., «Falsa alarma: *societas delinquere non potest*», en AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pp. 207-254.
189. GÓMEZ MARTÍN, V., «Penas para las personas jurídicas. Ovejas con piel de lobo», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 17-61.
190. GÓMEZ MARTÍN, V.; NAVARRO MASSIP, J., «La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2016, pp. 9-10.
191. GÓMEZ TOMILLO, M. «Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. especial referencia al sistema español», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm 25, 2011, pp. 43-84.
192. GÓMEZ TOMILLO, M. *Compliance penal y política legislativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
193. GRACIA MARTÍN, L., «La doctrina de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, 2014, pp. 135-180.
194. GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 18, 2016, pp. 1-95.

195. GRISETTI, R., «Ley de responsabilidad penal empresarial. Ley 27.401. Aproximación al análisis de sus disposiciones» en: elDial.com - DC24E7, 2018, disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&t=s&id=10513>
196. GUASTINI, R., «Interpretación y construcción jurídica», *Isonomía*, núm. 43, 2015, pp. 11-48.
197. GUTIÉRREZ-HERRERO PUIG, J., *Gobierno corporativo. ¿Mito, realidad o término medio? ¿Qué ha pasado en los últimos años?*, L. Gismera Tierno (dir.), Tesis de máster, Universidad de Comillas, 2014.
198. GUTIERREZ PÉREZ, H., «Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el Public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales», *Polít. Crim.*, vol. 13, núm. 25, pp. 104-143
199. HAFTER, E., Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbänden, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., pp. 153-154.
200. HANS LILIE en «Sociedad del riesgo y Derecho Penal» (Risikogesellschaft und Strafrech), F. G. Sánchez Lázaro (trad.), en AA.VV., C. M^a Romeo Casabona, F. G. Sánchez Lázaro (eds.), E. J. Armaza Armaza (coord.) *La adaptación del derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Comares, Granada, 2010.
201. HAUSCHKA, C., *Corporate compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2a ed., C.H Beck, Berlin, 2010.
202. HEINE, G., «La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales», en AA.VV, J. Hurtado Pozo (coord.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 49-72.
203. HEINE, G., «Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», con BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, 2^a ed., Cizur Menor, 2016, pp. 121-141.
204. HEINE, G., «New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience-or Viceversa? », citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., pp. 157-158.
205. HENDLER E., *La responsabilidad penal de los directivos de instituciones financieras*, Buenos Aires, Depalma, 1982.

206. HERNÁNDEZ ARTEAGA, L., «La teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann en México. Una aproximación», *Perspectivas Internacionales*, vol. 7, núm. 1, 2011, pp. 101-136.
207. HERNÁNDEZ BASUALTO, H. «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *Política Criminal*, vol. 5, Nº 9, 2010, pp. 207-236.
208. HERNÁNDEZ PLIEGO, J., *Programa de Derecho Procesal Penal*, Porrúa, México, 2006.
209. HIRSCH, H.-J., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., pp. 155-156.
210. HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «El error de emplear la teoría del delito para establecer la llamada responsabilidad de las personas jurídicas», disponible en: <https://hernanhormazabalmalaree.com/2018/03/14/el-error-de-emplear-la-teoria-del-delito-paraestablecer-la-llamada-responsabilidad-de-las-personas-juridicas/>
211. HORMAZÁBAL MALARÉ, H., «Personas jurídicas penalmente responsables y medidas cautelares. El auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014», *Diario La Ley*, núm. 8368, 2014.
212. HUERTAS MARTÍN, M., El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba, BOSCH, Barcelona, 1999; AA.VV., A. Melón Muñoz (dir.), *Memento Práctico. Procesal*, 2011, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
213. HURTADO POZO, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_09.pdf
214. ILLANES, F., «La Acción Procesal», 2010, disponible en: <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/accpro.pdf>
215. JAÉN VALLEJO, M., «Informe sobre los últimos trabajos de la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano», disponible en: <http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/descarga.php?f=artpma/codigopenal.pdf>
216. JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. J.-L. Manzanares (trad.), Comares, Granada, 1993.
217. JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ta ed., Comares, Granada, 2002.
218. JIJÓN, M., «Conferencia. La corrupción en el sector privado: una realidad campante», Proyecto sí se puede, Quito, 17 de febrero de 2006.

219. KAIKATI, J., SULLIVAN, G., «The Price of International Business Morality: Twenty Years Under the Foreign Corrupt Practices Act», *Journal of Business Ethics*, vol. 26, núm. 3. Springer, 2000.
220. KPMG Abogados, ¿Responsabilidad penal vicarial o autorresponsabilidad de las personas jurídicas?, disponible en <https://economia3.com/2016/08/10/82970-responsabilidad-penal-vicarial-ouautorresponsabilidad-de-las-personas-juridicas/>
221. KRAEMER, K., «Kapitalistische Gesellschaft», G. Kneer, A. Nassehi, M. Schroer (eds.), *Klassische Gesellschaftsbegriffe der Soziologie*, Fink, München, 2001.
222. KUDLICH, H., «Compliance mediante la punibilidad de asociaciones», en AA.VV., L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortíz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, pp. 283-300.
223. KUHLEN, L., «Compliance y Derecho penal en Alemania», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Edisofer-BdeF, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 89-125.
224. KULHER, L., «Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho penal», en AA.VV., A. Nanzer (trad.), L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortíz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 51-78.
225. LAMAS PUCCIO, L., «El *compliance officer* en materia de prevención y represión del delito de lavado de activos y actividades conexas», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y Compliance Program*, Olejnik, Santiago-Chile, 2018, pp. 276-305.
226. LAMPE, E., «Systemsunrecht und Unrechtssysteme», citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., p. 157.
227. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., «*Compliance*, debido control y unos refrescos», en AA.VV., L. Arroyo Zapatero (dir.), A. Nieto Martín (coord.), *El derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 111-136.
228. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J., «Salvar al Oficial Ryan», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín (dirs.), J. C. Hortal Ibarra, V. Valiente Ivañez (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detención y reacción penal*, B de F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp.301-336.
229. LASSO MONTENEGRO, C., *El modelo de atribución de responsabilidad penal en las Personas Jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal*

- Ecuatoriano*, M. Pacheco (tut.), Tesis de Grado en Derecho, Universidad Central del Ecuador, 2016.
230. LAUFTER W., «Corporate Liability, Risik Shifting, and the paradox of Compliance», *Vand. L. Rev.*, núm. 52, 1999, pp. 1341-1420.
231. LAVIA HAIDEMPERGHER, L.; DE ARTAZA, M., «La responsabilidad penal de la persona jurídica. Un cambio de paradigma», *La Ley*, Tomo 2018-A, Buenos Aires, pp. 1-4.
232. LÓPEZ B., Diferencia entre disolución y liquidación de una sociedad mercantil, disponible en: <https://marcolegaldelosnegociosunivia.wordpress.com/2013/11/21/diferencia-entre-disolucion-yliquidacion-de-una-sociedad-mercantil/>
233. LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2014.
234. LÓPEZ COBEÑA, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. El nuevo paradigma de la legislación ecuatoriana en el COIP*, Cevallos Editora-Jurídica, Quito, 2018.
235. LÓPEZ RODRÍGUEZ, O., «Gestión del riesgo de *compliance* y su control», en AA.VV., J. Puyol (dir.), «*Guía para la implementación del compliance en la empresa*», Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 235- 253.
236. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y la degradación de las garantías procesales», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 77-92.
237. LUTHANS, F., *Comportamiento organizacional*, McGraw-Hill/Interamericana S.A., México, 2018.
238. LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal*, Universitat, Valencia, 1995.
239. MAZZACUVA, F., «Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento italiano: el problema del juicio de adecuación», en AA.VV., J. M. Palma Herrera (trad.), J. M. Palma Herrera (dir.), M. I. González Tapia (coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, S.L., Madrid, 2014, pp. 68-88.
240. MANDRÍ ZÁRATE, J., «El código ético de conducta», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 269-278.
241. MANDRÍ ZÁRATE, J., «Los canales de denuncia como parte integrante de los programas *compliance*», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la*

implementación del compliance en la empresa, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2017, pp. 255-268.

242. MANNOZZI, G.; CONSULICH, F., «Criminal Liability of Corporations in the Italian. Legal System: an Overview» *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe-Corporate Criminal Liability in Europe*, La Charte Bruxelles, 2008, pp. 207-226.
243. MARONEY, T., J., «Fifty Years of Federalization of Criminal law: Sounding the Alarm or crying Wolf», *50 Syracuse L. Rev.* 1317, 2000.
244. MARTÌ MORENO, J., BOLÌVAR TEJEDO, M., «Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿De qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?», en AA.VV., I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 97-120.
245. MARTÍN DELPÓN, J., «Principio de Oportunidad: Análisis de derecho comparado», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2011, pp. 187-206.
246. MARTÍNEZ BOTOS, R., *Medidas Cautelares*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1990.
247. MARTÍNEZ PARDO, V., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista internauta de práctica jurídica*, núm. 26, 2011, pp. 61-78.
248. MARTÍNEZ PATÓN, V., *Análisis histórico de la responsabilidad penal corporativa*, M. Bajo Fernández; E. Fortis (dirs.), Tesis Doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2016.
249. MARTÍNEZ ZURITA, A., «El defecto de organización en México. Bases elementales para la comprensión de la figura en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el proceso penal acusatorio», en AA.VV., I. Coca Vila, A. Uribe Manríquez, J. Atahuaman Paucar, L. Reyna Alfaro (coords.), *Compliance y Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2017, pp.
250. MARTÍNEZ ZURITA, A., «El imputado persona jurídica. Un estudio sobre su sistema global de entendimiento y los derechos humanos en el proceso penal en México», *Práxis Legal, revista de derecho práctico civil-mercantil-penal*, núm. 10, 2017, pp. 11-37.
251. MAPELLI, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
252. MAZA MARTÍN, J. M., «La conformidad penal de la persona jurídica», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 329-341.

253. MC PHAIL FANGER, E., «Periodismo de investigación: el caso Walmart de México», *Revista Razón y Palabra*, vol. 17, núm. 81, noviembre-enero, 2012, pp. 538-571.
254. MEINI MENDEZ, I., «Responsabilidad penal de las personas Jurídicas y de sus órganos de gestión. Entre la dogmática y la política criminal», *Ius et Veritas*, núm. 13, 1996, pp. 199-211.
255. MESÍA MARTÍNEZ, C., *El procedimiento de denuncia interna "whistleblowing" y su regulación por las normas de gobierno corporativo*, A. Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dir.), Tesis Doctoral, Universidad CEU San Pablo, 2015.
256. MIGUENS, H., «Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano. Ignacio de Casas y Fernando Toller», Porrúa, México, 2015, disponible en <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/842>
257. MILA F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho ecuatoriano», *Revista Ius et Praxis*, núm. 1, 2020, pp. 149 – 170.
258. MILLER, K., «Francia exige a las empresas la prevención activa de la corrupción», Compromiso Empresarial, disponible en: <https://www.compromisoempresarial.com>
259. MISSAS GÓMEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Problemáticas sobre su aplicación desde la expedición del Código Penal», *Criterio Jurídico*, núm. 1, 2016, pp. 69-106.
260. MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.
261. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad», en AA.VV., J. Montiel (ed.), *La Crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 289-314.
262. MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El criminal compliance desde la perspectiva de delegación de funciones», en AA.VV., R. Ragués I Vallés, R. Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 59-91.
263. MONTIEL, J. P., «Autolimpieza empresarial (compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales», en AA.VV., F. Rojas Vargas, J.E. Prado Soriano (dirs.), *Compliance aplicado al derecho*

penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado, Ideas Solución, Lima, 2019, pp. 49-80.

264. MORALES, O., «La Persona Jurídica ante el Derecho y ante el Proceso Penal», *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario-2011, pp. 142-154.
265. MORENO ARIAS, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma penal*, A. Sanz Morán (tut.), Tesis de Grado en Derecho, Universidad de Valladolid, 2015.
266. MORENO, C., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas, sus órganos y directivos en derecho penal económico», *Revista Entheos*, núm. 1, 2004, pp. 43-69.
267. MORENO-PIEDRAHÍTA, C., «El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el jurisprudencia y doctrina españolas», *Política Criminal* vol. 14, núm. 28, 2019, pp. 323-364.
268. MURIEL BEDOYA, B., «Compliance: su evolución y desafíos en Ecuador», *Revista LAW REVIEW*, vol 4, núm. 1, 2017, pp. 159-183.
269. NASSAUER, S., VISWANATHA, A. «U.S Probes Wal-Mart Misconduct in Brazil». En *The Wall Street Journal*, disponible en: <http://goo.gl/kKCiqk>
270. NAVARRO HIDALGO, M., «Introducción descriptiva», en AA.VV., I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 19-42.
271. NAVARRO VILLAVERDE, E., «Cultura de cumplimiento», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 285-299.
272. NAVAS MONCADA, I., «Los códigos de conducta y el Derecho penal económico», en AA.VV., J. Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 111-129.
273. NEIRA PENA, A., «La imputación de la personas jurídica», *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, 2011, pp. 595-613.
274. NEIRA PENA, A., «Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas: comentario del Auto de 11 de octubre de 2011 de Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN», *Diario La Ley*, núm. 7768, 2012.
275. NEIRA PENA, A., «Las penas aplicables a personas jurídicas», en AA.VV., P. Faraldo Cabana y L. Puente Aba (dirs.), *Las penas privativas de*

derechos y otras alternativas a la privación de libertad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; pp. 393-426.

276. NEIRA PENA, A. «Sherlock Holmes en el centro del trabajo. Las investigaciones internas empresariales». *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 37, 2015, pp. 49-89.
277. NEIRA PENA, A., «La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», *Política Criminal*, vol. 11, núm. 22, 2016, pp. 467-520.
278. NEIRA PENA, A., «La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal», A.-J. Pérez-Cruz Martín, X. Ferreiro Baamonde (dirs.), Tesis Doctoral, Universidad de Coruña, 2015.
279. NEIRA PENA, A., «*La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
280. NEIRA PENA, A., «La prueba en el proceso penal frente a las persona jurídicas», en AA.VV., A.-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 267-291.
281. NEIRA PENA, A., «Colaboración público-privada como estrategia para combatir la corrupción: el sistema de RPPJ y los programas de prevención delictiva», en AAVV, M. Fuentes Loureiro (coord.), S. Rodríguez-López, L. Puente Aba (dirs.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal*, 2017, Comares, Granada, pp. 93-127.
282. NEIRA PENA, A., *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
283. NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 4ta ed., Madrid, 2005.
284. NIETO MARTÍN, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal», *Revista Nueva Doctrina Penal*, núm. 1, 2008, pp. 125-159.
285. NIETO MARTÍN, A., «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», *Política Criminal*, núm. 5, 2008, A3-5, pp. 1-18.
286. NIETO MARTÍN, A., «Autorregulación, compliance y justicia restaurativa», en AA.VV., L. Arroyo Jiménez, A. Nieto Martín (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 81-116.
287. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, IUSTEL, Madrid, 2008.

288. NIETO MARTÍN, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010» *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009, pp. 47-70.
289. NIETO MARTÍN, A., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
290. NIETO MARTÍN, A., «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal», en AA.VV., J. Hurtado Pozo (dir.), F. Mendoza Llamacponcca (coord.), *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*, Anuario de Derecho Penal, Lima-Friburgo, 2016, pp. 172-200.
291. OROS CARRASCO, R., *Derecho penal en la era de la postmodernidad*, Grijley, Lima, 2013.
292. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*», en AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L / B de F, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 35-88.
293. ORTIZ PRADILLO, J., «El difícil encaje del delator en el proceso penal español», *Diario La Ley*, núm. 8560, 2015.
294. PACHECO, M., «Revisiones procesales para un compliance basado en el modelo de responsabilidad penal en el Ecuador», *Cap. Jurídica Central*, núm. 5, 2019, pp. 181-216.
295. PÁEZ BIMOS, P., «La ausencia del defecto de organización en el sistema penal ecuatoriano», disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional/la-ausencia-del-defecto-de-organizacion-en-el-sistema-penal-ecuatoriano-2017-08-14/>
296. PALMA HERRERA, J., «El papel de los compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AA.VV., J. M. Palma Herrera (dir.), I. González Tapia (coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson S.L., Madrid, 2014, pp. 154-231.
297. PAPA, R., «La nueva Ley de responsabilidad penal empresarial», *La Ley*, 2018-A, pp. 1-6.
298. PEÑA CABRERA FREYRE, A., *Estudios de Derecho procesal penal*, Tribuna Jurídica S.A.C., Lima, 2018.
299. PÉREZ MACHÍO, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento*

normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva, Comares, Granada, 2017.

300. PÉREZ ARIAS, J., *Sistemas de Atribución de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, J. Peris Riera (dir.), Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2013.
301. PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson S.L., Madrid, 2014.
302. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., «Las respuestas de la Sala 2ª del Tribunal Supremo a algunas cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en AA.VV., A.-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 232-233.
303. PÉREZ GIL, J., «Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal», en AA.VV., A.-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 25-46.
304. PETRO GONZÁLEZ, I.; MOSQUERA-RENTERÍA, J.; TORRES-MOLINA, L., «La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia», *Revista Criminal*, núm. 3, 2014, pp. 87-102.
305. POELEMANS, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso francés», *Revista EGUZKILORE*, nº 28, 2014, pp. 123-124.
306. PONCE BARBA, F., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva de la legislación mexicana ¿sanción penal o medida administrativa?*, B. Escudero García-Calderón.; A. González Quinza (dirs.), Tesis Doctoral, Universidad San Pablo, Universidad de Guadalajara, 2015.
307. PORCEL GOMILA, J., «Las sociedades pantalla y el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la luz de la STS 154/2016, de 29 de febrero», disponible en: <https://responsabilidadpenalpersonajuridica.wordpress.com/2016/03/21/las-sociedades-pantalla-y-elregimen-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-a-la-luz-de-la-sts-1542016-de-29-defebrero/>
308. PORTAL MANRUBIA, J. «Medidas cautelares contra la persona jurídica según la nueva norma del Código Penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2011, pp. 149-170.
309. PORTAL MANRUBIA, J., «El enjuiciamiento penal de la persona jurídica», *Diario la Ley*, núm. 7769, 2012.

310. PRATS CANUT, J.; MORÁN MORA, C. «El Título V. De las consecuencias accesorias», en AA.VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, 3º edición, Navarra, 2004.
311. PRITTWITZ, C., «La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*», en AA.VV., L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortíz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 207-218.
312. PUJADAS TORTOSA, V., *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*, Teresa Armenta Deu (dir.), Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2007.
313. PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría General de Medidas Cautelares Penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Marcial Pons, Madrid, 2008.
314. PULITANÓ, D., «La responsabilitá “da reato” degli enti; i criteri d’imputazione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, núm. 2, pp. 415-438.
315. PUYOL, J., «El mantenimiento constante del modelo de *compliance* y su actualización periódica», en AA.VV., J. Puyol (dir.), *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 279-284.
316. QUINTERO MURO, G., *Medidas preventivas en el derecho procesal civil*, Fabreton, Caracas, 1981.
317. QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comunitario. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115, 2007 CGPJ, pp. 163-188.
318. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 4ta Ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
319. RADBRUCH, G., *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
320. RAGUÉS I VALLÉS, R., *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
321. RAGUÉS I VALLÉS, R., «El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: *whistleblowing* interno vs. *whistleblowing* externo», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, OLejnik, Santiago de Chile, 2018, pp. 189-209.

322. RAMOS ARENAZA, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (Perú)», disponible en: <http://www.monografias.com/docs111/responsabilidad-penal-personas-juridicas-peru/responsabilidadpenalpersonas-juridicas-peru.shtml>
323. RAYÓN BALLESTEROS, M., «Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LI, 2018, pp 197-222.
324. RENEDO ARENAL, M., «La imputación de la persona jurídica», en AA.VV., A.J. Pérez Cruz Martín (dir.), A.M. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2017, pp. 93-110.
325. REYNA ALFARO, L., en: *Fundamentos del Derecho Penal Económico*, Ed. Angel, Lima, 2004.
326. REYNA ALFARO, L., *La defensa penal de la persona jurídica*, Idemsa, Lima, 2019.
327. RIEGO, C.; DUCE J., M., *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007.
328. ROBLES PLANAS, R., «El responsable de cumplimiento –*compliance officer*– ante el Derecho Penal», en AA.VV., J. Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 319-331.
329. ROCA DE AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en AA.VV., *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 371-411.
330. RODOTÁ, S., «Códigos de Conducta: entre el Hard law y Soft Law», en AA.VV., A. Real Pérez (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II congresos internacionales Códigos de conducta y mercado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp.19-30.
331. RODRIGUEZ ALMIRÓN, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2017, pp. 1-13.
332. RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., «Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 111-123.
333. RODRIGUEZ COLLAO, L., «Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal», *Revista de Derecho Valparaíso*, núm. 36, 2011, pp. 397-428.

334. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La conformidad en el proceso penal de las personas jurídicas», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 177-214.
335. RODRÍGUEZ MORENO, F., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Editorial Cevallos, Quito, 2018.
336. RODRIGUEZ MOURULLO, «La responsabilidad penal en las personas jurídicas y los principios básicos del sistema», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 62, 2010.
337. RODRÍGUEZ TIRADO, A., «La determinación de la persona jurídica investigada ¿y de los entes si personalidad jurídica? Determinación del procedimiento penal aplicable», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 129-156.
338. ROLLA, G., «Algunas consideraciones sobre la tutela de los derechos y libertades fundamentales ante las jurisdicciones supra nacionales», en AA.VV., J. de Lucas Martín (dir.), J. Solanes Mullor, J. Roa Roa (coords), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Publicacions de la Universitat de Valencia, Valencia, 2017, pp. 71-88.
339. ROMÁN LLAMOSI, S., «Introducción a la teoría del concurso. Pluralidad de delitos y concurso de normas. Art 77.3CP. Modificación Ley 1/2015. Interpretación Circular 4/2015 Fiscalía General del Estado», disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/introduccion-teoria-concurso-pluralidad-587931015>
340. ROTSCH, T., «Criminal Compliance», en AA.VV., H. Achenbach, A. Ransiek, T. Rönnau (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4a ed., C. F. Müller, Heidelberg-Munich-Landsberg-Frechen-Hamburgo, 2015.
341. ROXÍN, C., *Derecho Procesal Penal*, 1ª ed., Gabriela Córdova, Daniel Pastor (trads.), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
342. RUSCONI, M., *Cuestiones de Imputación y Responsabilidad en el Derecho Penal Moderno*, Edit. ADHOC, Buenos Aires, 1997.
343. SAAD-DINIZ, E., «Brasil vs. Goliat: Los 30 años de la responsabilidad penal de la persona jurídica y las nuevas tendencias en *compliance*», en AA.V., L.M. Reyna Alfaro (dir.), I. Coca Vila, A. Uribe Manríquez (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, Ideas Solución Editorial S.A.C, Lima, 2018, pp. 545-579.
344. SAINZ, A. «Ralph Lauren admitió el pago de coimas en el país». La Nación. 2 de agosto de 2012, disponible en: <http://goo.gl/swCMxb>.

345. SALGADO PESANTES, H. «Dictamen del Tribunal Constitucional del Ecuador sobre la Corte Penal Internacional». *Revista IIDH*, vol. 32-33, 1995, pp. 209-222.
346. SALVO ILABEL, N., Modelos de imputación penal a personas jurídica: estudio comparado entre los sistemas español y chileno, M. Cugat Mauri (dir.), Universidad Autónoma de Barcelona, Tesis Doctoral, 2014.
347. SÁNCHEZ GIMENO, S., ESTEVE CARRASCOSA, A., GAY QUINZÁ, I., «Régimen jurídico internacional de la responsabilidad penal de las empresas. El estado de la cuestión en el Derecho de la Unión Europea y en los Estados Unidos de América», en AA.VV., I. Giménez Zuriaga (dir.), *Manual práctico de compliance*, Aranzadi S.A.U, Cizur Menor, 2017, pp. 67-93.
348. SÁNCHEZ MARTÍN, M., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Plan de Prevención de Riesgos Penales y Código Ético de Conducta*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
349. SÁNCHEZ MELGAR, J., «Aproximación a la responsabilidad penal de las persona jurídicas: nuevos modelos de imputación», en J. M. Zugaldía Espinar y E. B. Marín de Espinosa Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 31-66.
350. SANCHO DURÁN, Javier, «Medidas cautelares: fumus boni iuris, periculum in mora y caución», disponible en: <http://javiersancho.es/2015/08/12/medidas-cautelares-fumus-boni-iuris-periculum-in-mora-caucion/>
351. SANGUINÉ, O., «Derechos fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal», en AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 413-495.
352. SANTELICES, W., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Modelos de autorresponsabilidad», *Revista Novedades Jurídicas*, núm. 119, 2016, pp. 6-19.
353. SCHROTH, H.-J., *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte: eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en «La culpabilidad de», cit., pp. 155.
354. SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», en AA.VV., D. Brückner, J. Lascuráin Sánchez (trads.), Ministerio de Justicia de España/BOE, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41, 1988, pp. 529-558.
355. SIEBER, U., «Programas de 'compliance' en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica», en

- AA.VV., M. Abanto Vásquez (trad), L. Arroyo Zaparero, A. Nieto Martín (dirs), *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 63-109.
356. SIERRA LEWIN, S., «Las personas jurídicas en el proceso penal: experiencia chilena», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp.413-421.
357. SILVA SÁNCHEZ, J., «La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una observación desde la cultura del *compliance*», en AA.VV., R. Ragués I Vallés, R. Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico empresarial*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 43-57.
358. SILVA SÁNCHEZ, J., «La exigente “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y base para una dogmática» en AA.VV., R. Ragués I Vallés, R. Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico empresarial*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 231-257.
359. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, núm. 86-87, 2008, pp. 129-148.
360. SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
361. SILVA SÁNCHEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en AA.VV., J.M. Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15-42.
362. SILVA SÁNCHEZ, J., «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en AA.VV., L. Kuhlen, J. Montiel, I. Ortiz de Urbina Gimeno (dirs.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 79-106.
363. SILVA SÁNCHEZ, J., «Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales», en AA.VV., A. Calcina Hanco (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*, OLejnik, Santiago de Chile, 2018, pp.
364. SOTO DÍAZ, D., «La responsabilidad de las personas jurídicas en Chile», en AA.VV., A-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017, pp. 401-411.

365. STRADER, K. J., *Understanding White Collar Crimes*, Carolina Academic Press, North Carolina, 3ra Ed., 2011.
366. SUDEROW, J., «Primer reconocimiento jurisprudencial en *compliance* en Alemania», disponible en: <https://www.3ccompliance.com/es/articulos/compliance/primerreconocimiento-jurisprudencial-en-compliance-en-alemania/>
367. TANCO TUZA, J., «Conceptos Básicos en la gestión de terceras partes», UNIR, disponible en: <https://www.unir.net>
368. TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Milano, 2011.
369. TEIJEIRA RODRIGUEZ, M., «*Legal compliance*: Conceptualización en el marco de la regulación corporativa», en AA.VV., M. J. Morillas Jarilleo, M. Del P. Perales Vilcasillas, L. J. Porfirio Carpio (dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III, Getafe, 2015, pp. 935-948.
370. TEUBNER, G., *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, ARA Editores, Lima, 2005.
371. TIEDEMANN, K., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf
372. TOLOSA RUSSI, D., «Sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y su incidencia en Colombia», *Derecho Penal y Criminología*, núm. 100, 2015, pp. 13-43.
373. TORO PEÑA, J., *La persona jurídica en el proceso penal. (Aspectos civiles, europeos, penales y procesales)*, Dykinson, S.L, Madrid, 2012.
374. TORRIJOS RODRIGUEZ, I., «Riesgos en la gestión de ingresos del Sector Público Estatal», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2018, pp. 145-154.
375. TRUJILLO ARANGO, A., *Medidas de aseguramiento y hábeas corpus*, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1990.
376. UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, Aranzadi, SA., Cizur Menor, 2014.
377. URIBE MANRÍQUEZ, A., «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en México», en AA.VV., L. M. Reyna Alfaro (dir.), I. Coca Vila, A. Uribe Manríquez (coords.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, Ideas Soluciones Editorial S.A.C, Lima, 2018, pp. 275-285.

378. URTEAGA, E., «La teoría de sistemas de Niklas Luhmann», *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XV, 2010, pp. 301-317.
379. VACA ANDRADE, R., *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico integral Penal*, Tomo I, Ediciones Legales, Quito, 2014.
380. VALLEJO TORRES, W., *El principio de oportunidad como fuente de restauración del Derecho penal. Teórico práctico*, 1ª ed., Editorial Jurídica L y L, Guayaquil, 2014.
381. VAN WEEZEL, A., «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, VII, 2010, pp. 114-142.
382. VARGAS O VALLE, M., *¿Numerus clausus? Crítica al sistema de incriminación de los delitos de las personas jurídicas*, Ramón Ragués i Vallès (dir.), Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2018.
383. VARRASO, G, «La partecipazione e l'assistenza della persona giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale», en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001*, núm. 231, Ipsosa Milan, 2002, pp. 231-256.
384. VASQUEZ CEVALLOS, F., *Punto de inflexión de la imputación objetiva en el Código Orgánico Integral Penal*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2016.
385. VELEPUCHA RÍOS, M., «Culpabilidad en el Derecho Penal», disponible en: <https://www.derechoecuador.com/culpabilidad-en-el-derecho-penal>
386. VELASCO CARRETERO, M., *Compliance penal. Menos pret-a-porter y más traje a medida*, ICB, S.L., Málaga, 2018.
387. VELASCO NÚÑEZ, E., «Medios de investigación y prueba en los delitos cometidos por personas jurídicas delincuentes», en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.), E. Díez Rodríguez (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 301-321.
388. VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente», en AA.VV., AJ. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Proceso Penal y Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 157-175.
389. VELASCO NÚÑEZ, E., SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance. 86 preguntas y respuestas*, Aranzadi S.A.U, Cizur Menor, 2016.
390. VELÁZQUEZ MARTÍN, A., *La intervención judicial de bienes y empresas*, Aranzadi, Navarra, 2009.

391. VERMEULEN, G.; DE BONDT, W.; RYCKMAN, CH., *Liability of legal persons for offences in the EU*, IRCP-Series, vol. 44, European Commission, DG Justice (JLS / 2010 / JPEN / PR / 0009 / E4), 2012.
392. VILLARREAL VALAREZO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de defraudación tributaria*, M. Carabajo Rivas (tut.), Tesis de Grado, Universidad Central del Ecuador, 2016.
393. VILLEGAS GARCÍA M., *Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América*, J. López Barja de Quiroga (dir.), Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015.
394. VILLEGAS GARCÍA, M., *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
395. WELZEL, H., *La Teoría de la acción finalista*, C. Fontán Balestra y E. Friker (trad.), Depalma, Buenos Aires, 1951.
396. WILLKE, H., *Ironies des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzertrischer Gesellschaft*, SuhrKamp, Frankfurt am Main, 1992.
397. WOLTERS KLUWER, «Compliance officer (oficial de cumplimiento normativo)», disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDCzNjA7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS1xKTiJzSktTQokzbkKLSVACVGii6MQAAAA==WKE>
398. WOLTERS KLUWER, «Canal de denuncias», disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNjI0NjE7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS1xKTiJzSktTQokzbkKLSVACgBcayMQAAAA==WKE>
399. WOLTERS KLUWERS, «Proceso penal contra personas jurídicas», disponible en: <http://www.guiasjuridicas.com/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDQ3NDS7Wy1KLizPw8WyMDQzMDU0NDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAN1NrME1AAAAWKE>
400. YÁÑEZ VELASCO, R., *Enjuiciamiento Criminal Inmediato*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
401. ZAMBRANO PASQUEL, A., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito*, Murillo Editores, Guayaquil, 2017.
402. ZARZALEJOS NIETO, J. «La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas», con BANACLOCHE PALAO, J., GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Responsabilidad penal*

de las personas jurídicas. Aspectos civiles y procesales, La Ley, Madrid, 2011, pp. 139-152.

403. ZARZALEJOS NIETO, J., «La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral», con BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 237-267.
404. ZAVALA EGAS, J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema constitucional ecuatoriano (Arts. 49 y 50 COIP)*, Universidad Espiritu Santo, Guayaquil, 2014.
405. ZUGALDÍA ESPINAR, J., «Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada por el Código Penal español por la LO5/2010, de 22 de junio)», *La Ley Penal*, núm. 76, 2010, pp. 1-12.
406. ZUGALDÍA ESPINAR, J., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
407. ZUGALDÍA ESPINAR, J., «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (Análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)», S. Bacigalupo Sagesse, B. Feijoo Sánchez y J.I. Echano Basaldua (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo F.*, Madrid, 2016, pp. 693-712.
408. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
409. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en AAVV., I. Berdugo Gómez de la Torre (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo 1*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 313-331.
410. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española», en AA.VV., E. Demetrio Crespo, A. Nieto Martín (dirs.), M. Maroto Calatayud, M. P. Marco Francia (coords.), *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 88-110.

2.- Tratados, legislación y jurisprudencia

2.1. Tratados internacionales

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, ratificado por Ecuador el 6 de marzo de 1969.

Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ratificada por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Ecuador el 26 de mayo de 1997.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Registro Oficial Suplemento No. 166 de 15 de diciembre de 2005.

Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Registro Oficial Suplemento No. 153 de 25 de noviembre de 2005.

2.2.- Normas Regionales

Código Penal Tipo Iberoamericano, Cartagena de Indias, Colombia, 1994.

Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, Codificación 1220, Registro Oficial Suplemento 153 de 25-nov.-2005.

2.3.- Leyes nacionales

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley 24, Registro Oficial Suplemento 337 de 18 de mayo de 2004.

Código Civil del Ecuador, Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Resolución No JB-2008-1154, de 17 de julio del 2008.

Constitución de la República del Ecuador, 2008, Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial No. 180, 10 de Febrero de 2014.

Reglamento para la Recepción, Sustanciación y Trámite de Denuncias, expedido mediante Resolución de la Superintendencia de Compañías 6, Registro Oficial Suplemento 205 de 17-mar.-2014.

Reglamento General de Veeduría, expedido mediante Resolución No. PLE-CPCCS-388-22-11-2016.

Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, Ley 0, Registro Oficial Suplemento 802 de 21 de julio de 2016.

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

Reglamento Ley de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, expedido mediante Decreto No. 1331, Registro Oficial Suplemento 966 de 20 de marzo de 2017.

Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 385, Registro Oficial Edición Especial 44 de 24-jul.-2017.

Resolución SCVS-INC-DNCDN-2019-0020, publicada en el Segundo Suplemento de Registro Oficial No 96 de 09 de diciembre de 2019.

Resolución SCVS-INC-DNCDN-2019-002, publicada en el Registro Oficial N° 419 del 1 de febrero de 2019.

Normas de Prevención del Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Otros Delitos, Segundo Suplemento del Registro Oficial No.96, 9 de diciembre 2019.

Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, Segundo Suplemento, Segundo Suplemento N° 392 - Registro Oficial, de 17 de febrero de 2021.

2.4.- Leyes extranjeras

España. Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo.

Alemania. Código Alemán de Gobierno Corporativo.

España. Ley 24/1998 de Mercado de Valores.

Perú. Ley 30424, Decreto Legislativo 1352.

Cuba. Código Penal Cuba, Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987.

Perú. Código Penal, de 3 de abril de 1991.

España. Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Chile. Ley núm. 20.393, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, de 25 de noviembre de 2009.

Francia. Ley Sapin II, de 10 de diciembre de 2016.

España. Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011 de 4 de marzo.

México. Código Nacional de Procedimientos Penales, Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

Argentina. Ley 27.401, de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos, B.O. del 1/12/2017.

Bolivia. Código de Sistema Penal de Bolivia, Ley No. 1005, de 15 de diciembre de 2017.

España. Ley de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, LO 3/2018, de 5 de diciembre.

Perú. Reglamento de la Ley N° 30424 que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, Decreto Supremo N° N° 002-2019-JUS, de 09 de enero de 2019.

2.5.- Resoluciones judiciales

Causa Penal N° 09285-2016-01956, Unidad Judicial Norte 1 Penal con Sede en el Cantón Guayaquil, Provincia del Guayas.

2.6.- Jurisprudencia regional

Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

2.7.- Jurisprudencia Constitucional

Sentencia N° 0003-10-SIN-CC, de 08 de abril del 2010.

Sentencia N° 005-17-SCN-CC, de 4 de junio de 2017.

Sentencia N° 001-18-SIN-CC, de 27 de febrero del 2018.

Sentencia N° 001-18-PJO-CC, de 20 de junio de 2018.

2.8.- Resoluciones judiciales extranjeras

Estados Unidos. *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* (1909).

Estados Unidos. *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920).

Estados Unidos. *Bartkus v. Illinois* (1959).

España. STS núm. 219/1988, de 22 de noviembre.

España. STS núm. 327/2003, de 25 de febrero.

Colombia. SU.1184 de 2001, reiterada en Sentencia C-692 de 12 de agosto de 2003.

Colombia. Sala de Casación Penal, Sentencia 23157 de 30 de mayo de 2007.

España. STS núm. 606/2010, de 25 de junio.

España. AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) 359/2014, de 19 de mayo.

España. STS núm. 514/2015, de 2 de septiembre.

España. STS núm. 154/2016, de 29 de febrero.

España. STS núm. 221/2016, de 16 de marzo.

España. STS núm. 516/2016, de 13 de junio.

España. STS núm. 827/2016, de 3 de noviembre.

España. STS núm. 742/2018, de 7 de febrero.

España. STS núm. 316/2018, de 28 de junio.

España. STS (Sala de lo Penal) núm. 3665/2018, de 25 de octubre.

España. STS (Sala 2ª de lo Penal) núm. 192/2019, de abril.

3.- Informes, Dictámenes, Acuerdos y otros materiales

Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la UE.

Acuerdo Ministerial 084, Determinar la norma técnica para la aplicación del artículo 256 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), Registro Oficial 2S 598, del 30 de setiembre de 2015.

Acuerdo de la Contraloría General del Estado 39, Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, Registro Oficial Suplemento 87 de 14 de diciembre de 2009.

Campos, J. «Consideraciones sobre la figura del comiso en el derecho penal y procesal penal costarricense», disponible en: http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/Revista%20Judicial%20110/PDFs/10_archivo.pdf

CESLA, «Indicador de Corrupción para América Latina», 2018, disponible en: <https://www.cesla.com/pdfs/Informe-de-corrupcion-en-Ecuador.pdf>

CNN, «El escándalo de sobornos de Odebrecht: así es el caso en cada país de Latinoamérica salpicado», disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2017/02/10/el-escandalo-de-sobornos-de-odebrecht-asi-es-el-caso-en-cada-pais-de-latinoamerica-afectado/#0>

Compliance Noticias, «Ecuador implementa norma técnica relacionada a sistemas de gestión antisoborno», disponible en: www.compliancenoticias.com

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Ecuador, disponible en: <https://www.cpccs.gob.ec/>

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Ecuador «Relaciones Internacionales», disponible en: <http://www.cpccs.gob.ec/es/relaciones-internacionales/>

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Ecuador «Control Social», disponible en: <https://www.cpccs.gob.ec/participacion-ciudadana-y-control-social/control-social/introduccion/#tab-1450476333360-3-7>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=NXeWGhG>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en <http://dle.rae.es/?id=GioXRTI>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=FzCUhhq>

Diccionario del Español Jurídico, disponible en: <https://dej.rae.es/lema/diligencia-debida>

Diccionario del Español Jurídico, Real Academia Española, disponible en: <https://dej.rae.es/lema/intervenci%C3%B3n>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/eficacia>

Diccionario del Español Jurídico, Real Academia Española, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/diligencia-debida>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=EPQzi07>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=427QGBS>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=YS0AYWo>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=YRz82Nc>

Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=FzCUhhq>

Dirección de la Escuela de Fiscales de la Fiscalía General del Estado, *Guía para Actuaciones del Fiscal dentro del Código Orgánico Integral*, Quito, 2014, disponible en: <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/escuela-fiscales/GUIA-COIP.pdf>

El Financiero. «Wal-Mart rechaza pagar multa por presuntos sobornos en México», disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/wal-mart-rechaza-pagar-multa-por-presuntos-sobornos-en-mexico.html>.

El Universo, «Retomar autorregulación controlada», disponible en: <https://www.eluniverso.com/opinion/2018/06/09/nota/6800069/retomar-autorregulacion-controlada>

El Telégrafo, «Proyecto de Ley Orgánica Anticorrupción y Protección al Denunciante», disponible en: https://www.eltelegrafo.com.ec/images/Fotos_ElTelegrafo/Documentos/2018/Proyecto-de-Ley-Organica-Anticorrupcion-y-Proteccion-del-Denunciante.pdf

Emol, «Caso Odebrecht: Conoce cuáles son los montos y países involucrados», disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Internacional/2017/02/09/844214/Caso-Odebrecht-Conoce-cuales-son-los-montos-y-paises-involucrados.html>

En ocasiones veo reos, «¿Vulnera el non bis in idem el derecho penal de la persona jurídica? Sentencia del TJUE», disponible en: <https://enocasionesveoreos.blogspot.com/2017/10/vulnera-el-non-bis-in-idem-el-derecho.html>

FGE, Circular 1/2016, Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. España.

FGE, Circular 1/2011, Relativa a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por ley Orgánica número 5/2010.

GAFISUD. «Evaluaciones mutuas», disponible en: http://www.gafisud.info/documentos/esp/evaluaciones_mtuas/Ecuador_3era_Ronda_2011.pdf

IBERLEY, «Excusas absolutorias: causas de exclusión de la pena y causas de anulación de la pena», disponible en: <https://www.iberley.es/temas/excusas-absolutorias-causas-exclusion-pena-causas-anulacion-pena47541>

IBERLEY, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: <https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-penal-personas-juridicas-62706>

ISO 19600:2014, Sistemas de Gestión de Compliance.

ISO 37001:2016, Anticorrupción y ética empresarial.

La Ley Digital, «Acta del órgano de gobierno para implantar un programa de prevención de riesgos penales (compliance penal) y designando Compliance Officer», disponible en: <http://p88-127.0.0.1.accedys.udc.es/accedix0/sitios/control/0incrustat.php?aplicacion=10315>

MIPRO, «Ecuador implementa norma técnica relacionada a sistemas de gestión antisoborno», disponible en: www.compliancenoticias.com

Milenio, «El caso por el que Walmart podría pagar 300 mdd», disponible en: <https://www.milenio.com/negocios/el-caso-por-el-que-walmart-podria-pagar-300-mdd>

Nación, «Estados Unidos abre una investigación criminal sobre los papeles de Panamá», disponible en: <https://www.nacion.com/el-mundo/politica/estados-unidos-abre-una-investigacion-criminal-sobre-los-papeles-de-panama/2DQGNT5DXRFHRPSJ2NSC5YJF7U/story/>

OECD, «Argentina debe promulgar con urgencia el proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/argentina-debe-promulgar-con-urgencia-el-proyecto-de-ley-de-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas.htm>

Opinión Consultiva OC-22/16, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016.

Organización de Estados Americanos, «Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado» celebrada en la Paz-Bolivia, disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-III-capacidadpersonas.htm>

Portal Europeo de Justicia, disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_fundamental_rights-176-es.do

Portal Educativo de la Comisión para el Mercado Financiero, «¿La Unidad de Fomento es Dinero? », disponible en: <https://www.cmfeduca.cl/educa/600/w3-article-27474.html?articulo=la-unidad-de-fomento-es-dinero>

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, España, disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF

Referéndum 2018, Registro Oficial No 181, de jueves 15 de febrero de 2018.

Roig & Bergés & Martínez Abogados, «Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 154 / 2016, de 29 de febrero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», disponible en: <http://blog.rbmpenalistas.com/analisis-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-no-1542016-de-29-de-febrero-sobre-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/>

RPP Noticias, «FIFA Gate: ¿por qué se llama así al caso de corrupción de la federación de fútbol?», disponible en: <https://rpp.pe/futbol/futbol-mundial/fifa-gate-por-que-se-llama-asi-al-caso-de-corrupcion-de-la-federacion-de-futbol-noticia-919446>

Sentencia de la CIDH, de 21 de noviembre de 2007, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, disponible en: <https://sidh.cejil.org/es/document/2o578f8guiejyvi?page=1>

Servicios de Rentas Internas, disponible en: <http://www.sri.gob.ec/web/10138/32@public>

Wikipedia, «Caso Oderbrecht», disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Odebrecht

III. Anexos

1. Infracciones atribuibles a las personas jurídicas en el Título IV del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal

Para efectos de una debida contextualización y explicación académica del sistema de RPPJ, a continuación se enlistan los delitos que desde 2014 forman parte del sistema *númerus clausus* y aquellos que en las diferentes reformas se ha indo, paulatinamente, incorporando al catálogo.

- 1.1. Delitos contra la humanidad.** En asonancia con lo consagrado en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Ecuador incorpora en su ordenamiento penal los delitos contra la humanidad y los regula en una sola Sección que conforman los arts. 89 al 99. Constituyen un sub catálogo de delitos que van desde el genocidio (art. 79), Etnocidio (art. 80), exterminio (art. 81), esclavitud (art. 82), deportación o traslado forzoso de población (art. 83), desaparición forzada (art. 84), ejecución extrajudicial (art. 85), persecución (art. 86), apartheid (art. 87), agresión (art. 88), y los delitos de lesa humanidad (art. 89).

La pena que el art. 90 prevé como sanción para las personas jurídicas en esta clase de delitos, es su extinción directa. La multa en estos casos es debatible, como se deja advertido en el Capítulo 1, concretamente, en el análisis de las penas.

Con la participación de las personas jurídicas en algunos de estos delitos en los que se prive de la vida a una persona o grupo de personas, se perfila un debate interesante respecto de la posibilidad de ampliar el *número clausus* también a los delitos de asesinatos, homicidios o muertes culposas, ocurridas al amparo de los presupuestos legales del art. 49.

- 1.2. Trata de personas.** La trata, regulada en el art. 91, depende a su vez de siete delitos puntuales: 1. La extracción o comercialización ilegal de órganos, tejidos, fluidos o material genético de personas vivas, incluido el turismo para la donación o trasplante de órganos. 2. La explotación sexual de personas incluida la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil. 3. La explotación laboral, incluida el trabajo forzoso, la servidumbre por deudas y el trabajo infantil.

4. Promesa de matrimonio o unión de hecho servil, incluida la unión de hecho precoz, arreglada, como indemnización o transacción, temporal o para fines de procreación. 5. La adopción ilegal de niñas, niños y adolescentes. 6. La mendicidad. 7. Reclutamiento forzoso para conflictos armados o para el cometimiento de actos penados por la ley.

Luego, en el numeral 8, sugiere una amplia gama de posibles conductas consideradas bajo la fórmula *cualquier otra modalidad de explotación*. La trata de personas es advertida por el último inciso del art 92 como un delito que se sanciona independientemente de los otros delitos cometidos *en su ejecución o como su consecuencia*, parece advertirse que en estos casos, se excluye la posibilidad de concurso ideal conforme al art. 21, de ser así, en caso de que por ejemplo, además, llegue a verificarse la concurrencia con cualquier otro delito o delitos cometidos en su ejecución o como su consecuencia que contengan la misma pena de extinción, se presentan dos cuestiones que merecen ser advertidas: a) como no se puede extinguir dos veces a las misma persona jurídica habrá una sola extinción por el primer delito procesado; y, b) la multa de la trata se sumaría a la multa de ese otro delito impuesto en proceso distinto y en cuyo caso, se estaría ante un concurso real con características del ideal.

La sanción específica para la persona jurídica conforme al art. 94 es su extinción y multa que oscila entre los cien a mil SBU. Como se nota en este caso, a diferencia de los delitos contra la humanidad, la persona jurídica se enfrenta a una doble sanción expresa.

1.3. Diversas formas de explotación. En caso de participación de una persona jurídica en cualquiera de los delitos regulados en la Sección que regula estos delitos, la sanción conforme al art. 109 es su extinción, además de la multa que oscila entre los diez a mil SBU. Los delitos que se encuentran acuñados bajo esta fórmula y que pueden ser atribuibles a las personas jurídicas son: la extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos (art. 95); tráfico de órganos (art. 96); publicidad de tráfico de órganos (art. 97); realización de procedimientos de trasplante sin autorización (art. 98); turismo para la extracción, tratamiento ilegal o comercio de órganos (art. 99); explotación sexual de personas (art. 100); prostitución forzada (art. 101); turismo sexual (art. 102); pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes (art. 103); comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes (art. 104); trabajos forzados u otras

formas de explotación laboral (art. 105); promesa de matrimonio o unión de hecho servil (art. 106); adopción ilegal (art. 107); y empleo de personas para mendicidad (art. 108).

1.4. Delitos contra el derecho a la propiedad. Los delitos contra la propiedad incorporados en el Capítulo II del Título IV contemplan 25 delitos, de los que solamente tres les eran atribuibles a las personas jurídicas a título de responsabilidad penal. En efecto, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras regulado en el art. 201, la insolvencia y la quiebra fraudulenta del art. 205 y el delito de falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor del art. 208.A, en principio les eran atribuibles a las personas jurídicas por determinación expresa en los respectivos tipos, hasta antes de las últimas reformas al COIP. La pena que prevé la norma para los tres primeros delitos en caso de establecerse la RPPJ, es la multa que oscila entre los cincuenta a los cien SBU, además de la clausura definitiva de sus locales o establecimientos.

De los delitos indicados, el de falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor, pese a estar regulados en un mismo artículo, contiene dos conductas diferentes: la *falsificación de marcas* y la *piratería*. En ambos casos, la pena para la persona jurídica es la extinción y multa. La pena pecuniaria conforme al tipo fluctúan entre cincuenta y cinco a ochenta y cinco; ochenta y seis a ciento setenta y cinco; y, ciento setenta y seis a doscientos noventa y cinco SBU, según los valores de las mercancías indicados en los numerales 1, 2 y 3 del art. 208 A.

Por su parte, para el delito de insolvencia fraudulenta del art. 205, la pena es *la clausura definitiva de sus locales o establecimientos y multa de cincuenta a cien SBU*.

Mediante Ley Orgánica reformativa al Código Orgánico Integral Penal (R.O. 107-S, 24-XII-2019), la estafa se incorpora al catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas a título de responsabilidad penal. En efecto, el art. 186 del COIP introduce como último inciso, un texto según el cual una persona jurídica de derecho privado puede ser penalmente responsabilizada por estafa. Para esta clase de delitos el legislador ha predeterminado una pena pecuniaria que a título de multa oscila entre los cien a los doscientos SBU.

1.5. Tráfico ilícito de migrantes. En tutela de la migración, el COIP regula el tráfico ilícito de migrantes (art. 213) describiendo conductas que varían la pena de prisión según su gravedad. La sanción para la persona jurídica en esta clase de delitos es su extinción directa, sin considerar en el tipo otras penas. En este delito al igual que en los delitos contra la humanidad, se advierte el debate respecto de su concurrencia o no con otras sanciones como la multa por ejemplo.

1.6. Infracciones por medicamentos e insumos caducados y desatención de salud. El anterior art. 217 del COIP, exigía para la configuración del tipo penal, medicamentos falsificados, medicamentos que incumplan con las exigencias normativas, medicamentos caducados. Aunque existía diferenciación de la pena entre los dos primeros con el tercero para las personas naturales, la pena para la persona jurídica no variaba, era su extinción y multa de treinta a cincuenta SBU. Empero, en el actual art. 217.1 (Agregado mediante La Ley Orgánica reformativa al Código Orgánico Integral Penal (R.O. 107-S, 24-XII-2019), el legislador ha modificado la pena para las personas jurídicas en los casos de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso y consumo humano falsificados o adulterados, estableciendo para estos casos una multa de cincuenta a cien SBU además de la extinción.

Por su parte, el delito de desatención de salud regulado en el art. 218, también contiene dos rangos de sanciones que tampoco son diferenciadas a la hora de aplicárselas a la persona jurídica, pese a que en un caso se prevé la muerte de una persona como consecuencia de la desatención, no obstante, la pena para la persona jurídica es multa de treinta a cincuenta SBU y clausura temporal.

1.7. Delitos contra los consumidores. El engaño al comprador respecto de la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos del art. 235, es otros de los delitos atribuibles a la persona jurídica que contiene en el tipo solamente la pena específica de multa que oscila entre los diez a quince SBU.

1.8. Delitos contra el derecho a la cultura. Cuando bajo presupuestos del art. 49 a una persona jurídica se le atribuya el daño, deterioro, destrucción total o parcial de bienes muebles o inmuebles considerados patrimonio cultural del Estado, la pena aplicable por este delito es su disolución. Este tipo penal sanciona, inclusive, a la persona jurídica aunque posea sobre esos bienes algún tipo de derecho real. Luego, queda al igual que otros casos la duda respecto de la concurrencia o no

de la multa, que de ser posible ha de calcularse conforme al rango del numeral 6 del art. 70 (cuatro a diez SBU). Esta advertencia a su vez, independientemente de ser factible o no, evidencia la gravedad de la pena a la que se enfrenta la persona jurídica por esta clase de delitos, frente a la pena de uno a tres años de prisión y multa de cuatro a diez SBU a que se enfrenta la persona natural.

- 1.9. Delitos contra el derecho al trabajo y la seguridad social.** El delito regulado en el art. 242, prevé como pena para la persona jurídica la clausura de sus locales o establecimientos que puede ser temporal hasta que el ente pague *los valores adeudados*, aunque bien podría convertirse en indefinida si el ente decide no cancelarlos.

De su lado, la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica señalada (art. 243), parece no tener visos de una auténtica RPPJ; a esta hipótesis se llega por lo literal de su regulación. En efecto, lo que se observa por un lado en el art. 243, es la aplicación de una medida cautelar de intervención (art. 550.3 COIP). Luego, no se entiende cuando el legislador se refiere a que la intervención sea de la *entidad de control competente* ¿acaso se refiere a que la persona jurídica será intervenida por la entidad de control competente? De ser así, esta medida cautelar durará *el tiempo necesario* para precautelar los derechos de los trabajadores. Por otro lado, la pena en estricto sentido que contempla el citado artículo es la multa que oscila entre los tres a cinco SBU por cada trabajador no afiliado. Finalmente, la norma nuevamente se torna ambigua cuando no se sabe si condiciona la imposición de esta pena a la falta de abono del valor de las respectivas afiliaciones por un término de 48 horas de iniciado el proceso penal; o si se está refiriendo a un requisito de previo, en el sentido de que únicamente se impondrá la pena de multa en caso de que habiendo sido administrativamente notificada la persona jurídica, en las posteriores 48 horas no haya procedido al abono de las afiliaciones.

De ser la primera opción la correcta, se estaría frente a una situación más administrativa que penal; de ser la segunda opción la verdadera intención del legislador, entonces se podría estar ante un peculiar caso de sanción directa con medida cautelar para una persona jurídica fuera de los casos de RPPJ; aunque también pudiera tratarse de una inadecuada técnica de redacción legislativa, y puede que la intención del legislador sea la de complementar el tipo del art. 242. A éstas hipótesis se llega, además, por cuanto de un revisión a la Sección Sexta

del Capítulo III, Título IV del Libro Primero del COIP, solamente en el delito de *retención ilegal de aportaciones a la seguridad social* del art. 242, se advierte la clásica redacción *si de determina la responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

1.10. Delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama. Estas infracciones están llamadas a proteger de forma mediata el medio ambiente y la naturaleza, y de forma inmediata se protegen bienes jurídicos un tanto más determinados como la biodiversidad, los recursos naturales, la gestión ambiental, los recursos naturales no renovables, y a partir de las reformas de 2019, se amplía la protección penal a otro bien jurídico inmediato al que el legislador lo ha denominado «animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana». Agrupados en secciones, los delitos atribuibles a las personas jurídicas describen tipos penales diferentes, cuya configuración muchas veces exige la verificación de elementos en sede administrativa. Así, en la invasión de áreas de importancia ecológica (art. 245), la pena de multa para la persona jurídica conforme al art. 258.1, es de cien a trescientos SBU, no obstante, siempre será de trescientos SBU en los dos numerales del art. 245, cuando la invasión provoque daños considerables y graves a la biodiversidad y a los recursos naturales, o cuando se la promueva, financie o dirija con fraude. Además de la multa, se establece la pena de clausura temporal, el comiso y la remediación de los daños ambientales ocasionados.

En los incendios forestales y de vegetación (art. 246), y en los delitos contra la flora y fauna silvestre (art. 247), las penas que para las personas jurídicas que prevé el art. 258.1 es la multa de cien a trescientos SBU, además de las penas de clausura temporal, comiso penal y la remediación de los daños ambientales ocasionados. Sin embargo, el actual art. 247 contiene una modulación de la pena de clausura temporal equivalente al tiempo igual de la pena de privación de libertad impuesta a la persona natural, esto es, de uno a tres años.

En los delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional (art. 248), el atentado al patrimonio genético del Ecuador abarca tres tipos de conductas consideradas delitos; el acceso no autorizado, la erosión y la pérdida genéticas. En los tres casos, las penas para la persona jurídica son el comiso, la clausura temporal, y la remediación de los daños causados. De igual forma, en los tres casos la pena de multa conforme al art. 258.2 es de doscientos a quinientos SBU.

Una situación peculiar se observa a partir de las reformas de 2019, cuando al incorporarse la Sección Segunda en el Capítulo III, Título IV del Libro Primero, la persona jurídica podrá ser responsabilizada penalmente por delitos perseguibles bajo el ejercicio privado de la acción penal. En efecto, delitos como el abuso sexual a animales con resultado de muerte (art. 250), la muerte de animales resultado de actos de crueldad (art. 250.1) y, las peleas o combates entre perros u otros animales de la fauna urbana con resultado de muerte (art. 251.2), al amparo del 258, pasan a formar parte del sistema cerrado de imputación de delitos atribuibles a la persona jurídica. Para estos delitos, conforme al art. 258.1 la sanción es la pena de multa que fluctúa entre los cien a los trescientos SBU, clausura temporal y comiso. Las advertidas sanciones, después de la multa, son de penas interdictivas sumamente graves y perjudiciales para la entidad

Los delitos contra los recursos naturales son otras de las infracciones contra la naturaleza que pueden ser atribuibles a las personas jurídicas y comprenden los delitos contra el agua (art. 251), contra el suelo (art. 252) y la contaminación del aire (art. 253). En los dos primeros, toda vez que la pena de privación de libertad es de tres a cinco años, la pena de multa para las personas jurídicas será de doscientos a quinientos SBU; mientras que para el delito de contaminación del aire, por ser sancionado con prisión de uno a tres años, la multa es de cien a trescientos SBU. En todos los casos, además de la multa se prevé el comiso penal, la clausura temporal, y la reparación o remediación de los daños causados (arts. 258.1 y 258.2).

En los delitos contra la gestión ambiental, la gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas (art. 254) es sancionada con la pena de multa que varía dependiendo de las condiciones o circunstancias que exige el tipo. En ese sentido, la multa que se le puede imponer a la persona jurídica a título de responsabilidad penal, será en la siguiente escala: a) conforme a la regla 1 del art. 258, de cien a trescientos SBU, cuando la pena sea de uno a tres años (inciso primero), comiso clausura temporal y remediación del daño ambiental causado; b) conforme a la regla 2 del art. 258, de doscientos a quinientos SBU (numerales 1, 2, 3 y 4), comiso, clausura temporal, remediación de daños ambientales; y, conforme a la regla 3 art. 258, de quinientos a mil SBU (último inciso en caso de producir la muerte), clausura definitiva, comiso y remediación de los daños ambientales causados. Otro delito contra la gestión

ambiental es la falsedad u ocultamiento de información ambiental (art. 255), en el que la pena aplicable a la persona jurídica además del comiso, clausura temporal y la remediación del daño ambiental, es la multa que fluctúa entre los cien a trescientos SBU (art. 258.1)

En los delitos contra los recursos mineros y los delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustible; los primeros, agrupan a la actividad ilícita de recursos mineros (art. 260), y el delito de financiamiento o suministro de maquinarias para la extracción ilícita de recursos mineros (art. 261); los segundos, la paralización de servicios de distribución de combustibles (art. 262), adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles (art. 263), almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles (art. 264), almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial (art. 265), y sustracción de hidrocarburos (art. 266).

La pena de multa aplicable a la persona jurídica conforme a la regla del art. 267, siempre va a fluctuar entre los quinientos a los mil SBU. En tanto que, las otras penas conforme al art. 258, dependerá de los rangos de los años de privación de libertad establecidos en cada uno de estos delitos para las personas naturales, además de las consideraciones de las circunstancias propias de cada tipo penal. En ese sentido, en los delitos de los arts. 262, 263 y 264 además de la multa indicada, las penas para las personas jurídicas son la clausura temporal, comiso penal y remediación del daño ambiental provocado; mientras que en los delitos de los arts. 265 y 266, la pena es de clausura definitiva, comiso penal y remediación de los daños ambientales causados.

- 1.11. Delitos contra la eficiencia de la administración pública.** En Ecuador, pese la incorporación en 2014 de la RPPJ, en principio los delitos contra la administración pública no formaban parte del catálogo, ello a pesar de que, en las directrices y recomendaciones de los organismos internacionales era el cohecho uno de los delitos «estrella» por el que se recomendaba la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas, y no obstante de que en otros países de la región, esta clase de delitos era precisamente uno de los pocos por los que se

atribuía RPPJ. Sin embargo, el legislador ecuatoriano decidió no incorporar esta categoría de delitos en el catálogo inicial.

Con las reformas de 2018, mediante Ley Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Registro Oficial 180-S, 15-II-2018, ciertos delitos contra la eficiencia de la administración pública se suman al catálogo de atribuibles a las personas jurídicas. Y es a partir de ahí, donde delitos como el cohecho (art. 280), el tráfico de influencias (art. 285) y, el testaferrismo (art. 289) pasan a ser atribuibles a título de RPPJ. En todos estos delitos, la pena de multa oscila entre los quinientos a mil SBU. En los delitos de cohecho y tráfico de influencias, además de la multa, la pena es la disolución y liquidación; mientras que en el delito de testaferrismo la sanción además de la multa es su extinción, y conforme al último inciso del art. 289, procede el comiso de los instrumentos empleados en la comisión del delito y de los denominados «productos o réditos» obtenidos de la actividad delictiva.

En el cohecho, hay que diferenciar primero los potenciales sujetos que se visualizan en la redacción del tipo penal. Así, el servidor público, las personas que actúan en virtud de potestad estatal en instituciones del Estado y cualquier persona particular, pueden cometer cohecho. En el primer caso, en principio, le queda vedado la imputación a las personas jurídicas en la medida que la «recepción o aceptación» sea directa y para su beneficio, esto por la condición de persona natural funcionario público y beneficio particular ajeno al de la persona jurídica. Luego, en este mismo caso, queda abierta la posibilidad de que el funcionario público reciba y acepte por «interpuesta persona»; en cuyo caso, de ser esta interpuesta persona alguna de las indicadas en el art. 49, quien con su actuación beneficie también indirectamente la persona jurídica. Queda la incertidumbre respecto de si podría configurarse una especie de coautoría o participación entre las dos clases de personas (funcionario público y persona jurídica). Empero, por tratarse de un delito de infracción del deber difícilmente podría hablarse de coautoría –por cuanto el deber sería infringido únicamente por el funcionario público–, sin embargo, se puede advertir la participación de la entidad a título de complicidad.

En el segundo caso, habrá que especificar conforme a la CRE cuáles son esas instituciones del Estado, y a la vez determinar las potestades estatales para delegar atribuciones, pudiendo en este caso, una persona jurídica de derecho

privado ser concesionaria de alguna potestad estatal. En el tercer caso, es más clara la participación de una persona jurídica de derecho privado en la comisión del cohecho o soborno activo detectado en el cuarto inciso del art. 280.

Lo analizado, permite concluir que tanto el cohecho pasivo cuanto el activo les pueden ser atribuibles a las persona jurídica defectuosamente organizadas, siempre que en el caso del cohecho pasivo, la persona jurídica de derecho privado ejerza una actividad en virtud de una potestad estatal concedida de forma excepcional y reglados por las leyes de la materia, y en la medida que no se traten de empresas públicas sujetas a la LOEP.

El tráfico de influencias (art. 285) como delito atribuible a título de RPPJ, al igual que el cohecho, es recién incorporado con las reformas de 2018. Descartado el sujeto activo persona natural funcionario público, este delito reviste una imputación un poco más limitada, en el sentido de que únicamente en los casos que las leyes lo permitan, podrían las personas jurídicas actuar en virtud de potestades estatales en alguna institución del Estado y por ende, ser objetos de imputación penal. Es decir, para que este delito sea atribuible a una persona jurídica de derecho privado, se requiere que previamente haya sido autorizada o habilitada mediante ley para ejercitar una potestad estatal encargada.

En el testaferrismo (art. 289), se observan dos posibles formas de autoría de la persona jurídica: una actuando como «testaferro» de un delito de enriquecimiento ilícito de un servidor o ex servidor público; y otra, en los casos de que actúe como «testaferro» de un delito de enriquecimiento ilícito privado. En este caso, llama la atención que el legislador haya optado por atribuir RPPJ por un delito resultante de otro y no haya sancionado a título de RPPJ la comisión directa de los delitos originarios como los de enriquecimiento ilícito (art. 279) y el enriquecimiento privado no justificado (art. 297), por ejemplo.

- 1.12. Delitos contra el Régimen de Desarrollo.** La participación de la persona jurídica en el delito de defraudación tributaria (art. 298) se presenta un tanto confusa, en el sentido de que en la redacción del tipo, por un lado, no se visualiza la clásica fórmula *en caso de determinarse la responsabilidad penal de la persona jurídica*; y por otro, y como se advirtió *supra*, parece que en este delito se está frente a la imposición de una consecuencia accesoria en la medida que conforme al numeral 20 del art. 298, haya sido la utilizada como *fantasmas o supuestas para evadir el*

cumplimiento de las obligaciones tributarias por alguna persona natural y siempre que medie condena contra ésta.

1.13. Los delitos económicos y la responsabilidad penal de la persona jurídica

Otra de las novedades que se advierte con la vigencia del COIP, es la presencia de la dogmática que encierra el denominado «Derecho penal económico». En ese sentido, el legislador ecuatoriano habiendo optado por un sistema regulatorio penal no difuso y en estricto apego al principio de legalidad, ha recogido en la ley penal todas las conductas delictivas de tinte económico que se encontraban dispersas en otros cuerpos normativos fuera del extinto Código Penal; generando por un lado, la desaparición de las denominadas «leyes penales especiales», y por otro, en algunos casos, manteniendo la remisión a ciertas leyes especiales de determinadas materias a la hora de complementar ciertos elementos normativos de los tipos penales asumidos en el COIP.

Además, dentro de la propia regulación penal codificada, el legislador ha optado por un lado, por la asunción del «concepto en sentido estricto» de Derecho penal económico, cuando como se verá *infra*, agrupa dentro de una sección a los denominados delitos económicos, a los que la moderna doctrina penal a reservado para la protección de bienes jurídicos supra individuales relacionados con la actividad económica intervencionista del Estado. Por otro lado, también se evidencia la asunción tácita del «concepto de Derecho penal económico en sentido amplio», cuando fuera de los casos indicados, regula otras conductas de tinte económico ya no tan relacionadas con la protección a bienes jurídicos supra individuales del Estado, sino a bienes jurídicos individuales de naturaleza patrimonial, como la estafa, por ejemplo. Y es que, además de los conceptos advertidos, la propia regulación de la RPPJ forma parte de la dogmática que encierra el derecho penal económico, asumido éste como corolario del moderno Derecho penal.

Como consecuencia de lo advertido, en materia del catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas, el legislador ecuatoriano bajo la denominación de delitos económicos ha catalogados ciertas conductas punibles a las que ha resuelto atribuirles RPPJ. Así, delitos como el pánico económico (art. 307), agiotaje (308), usura (309), divulgación de información financiera reservada (at. 310), ocultamiento de información (art. 311), falsedad de información (art. 312),

defraudación bursátil (art. 313), falsedad documental en el mercado de valores (art. 314), autorización indebida de contrato de seguro (art. 315), operaciones indebidas de seguros (art. 316), lavado de activo (art. 317), incriminación falsa por lavado de activos (art. 318), omisión de control de lavado de activos (art. 319), simulación de exportaciones e importaciones (art. 320); forman parte del catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas. Luego, se agrupan también bajo esta Sección los delitos contra el sistema financiero como el pánico financiero (art. 322), captación ilegal de dinero (art. 323), la falsedad de información financiera (art. 324), y el descuento indebido de valores (art. 326).

Las sanciones específicas para las personas jurídicas en estos delitos conforme al art. 325 para los delitos de agiotaje, divulgación de información financiera reservada, ocultamiento de información, falsedad de información, defraudación bursátil, falsedad documental en el mercado de valores, autorización indebida de contrato de seguro, operaciones indebidas de seguros, lavado de activos en el numeral 1, incriminación falsa por lavado de activos, omisión de control de lavado de activos, simulación de exportaciones e importaciones, actos ilegales para alza de precios, captación ilegal de dinero art. 323 inciso segundo, falsedad de información financiera, y descuento indebido de valores; es la multa de cien a doscientos SBU. Mientras que para los delitos de pánico económico, usura, falsedad documental en el mercado de valores numeral 1, lavado de activos numeral 2, y pánico financiero, y captación ilegal de dineros inciso primero; la sanción es la multa de doscientos a quinientos SBU. Y, finalmente, el delito de lavado de activos numeral 3, se sanciona con multa de quinientos a mil SBU y clausura definitiva de locales o establecimientos.

Aunque quizás no reporte utilidad, sin embargo, se ha de advertir que el numeral cuarto del art. 325 contiene una sanción que no se puede verificar en ninguno de los delitos de la sección octava por lo que resulta inaplicable. Se trata de la pena para la persona jurídica de extinción y multa de mil a cinco mil SBU para los delitos con penas de prisión mayor a los treces años, sin embargo, de una revisión a los delitos regulados en esa Sección el máximo de la pena es trece años, lo que tornaría a esta sanción inaplicable, amén del cuestionamiento respecto de la multa de hasta cinco mil SBU nunca antes advertida en todo el COIP.

2.- Tablas regulatorias del sistema de RPPJ

Tabla de delitos, penas y normas que contemplan la RPPJ en la parte especial del COIP		
Delito	Pena*	Artículo que prevé la RPPJ
Art. 79.- Genocidio.-	Extinción - Multa General de 1000 a 1500 SBU	Art. 90.- COIP
Art. 80.- Etnocidio.-	Extinción - Multa General de 300 a 600 SBU	
Art. 81.- Exterminio.-	Extinción - Multa General de 1000 a 1500 SBU	
Art. 82.- Esclavitud.-	Extinción - Multa General de 800 a 1000 SBU	
Art. 83.- Deportación o traslado forzoso de población.-	Extinción - Multa General de 800 a 1000 SBU	
Art. 84.- Desaparición forzada.-	Extinción - Multa General de 800 a 1000 SBU	
Art. 85.- Ejecución extrajudicial.-	Extinción - Multa General de 800 a 1000 SBU	
Art. 86.- Persecución.-	Extinción - Multa General de 1000 a 1500 SBU	
Art. 87.- Apartheid.-	Extinción - Multa General de 1000 a 1500 SBU	
Art. 88.- Agresión.-	Extinción - Multa General de 1000 a 1500 SBU	
Art. 89.- Delitos de lesa humanidad.-	Extinción - Multa General de 1000 a 1500 SBU	

* Cuando indica multa general, refiere a que el delito como tal no prevé una multa, sino que se atiende a lo establecido en el art. 70 del COIP, mientras que cuando indica multa específica, ésta se encuentra contenida en el mismo artículo o en artículos especiales.

Art. 91.- Trata de personas.-	Extinción - Multa específica de 100 a 1000 SBU	Art. 94.- COIP
Art. 95.- Extracción y tratamiento ilegal de órganos y tejidos.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	Art. 109.- COIP
Art. 96.- Tráfico de órganos.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 97.- Publicidad de tráfico de órganos.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 98.- Realización de procedimientos de trasplante sin autorización.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 99.- Turismo para la extracción, tratamiento ilegal o comercio de órganos.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 100.- Explotación sexual de personas.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	Art. 109.- COIP
Art. 101.- Prostitución forzada.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 102.- Turismo sexual.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 103.- Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 104.- Comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 105.- Trabajos forzados u otras formas de explotación laboral.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 106.- Promesa de matrimonio o unión de hecho servil.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 107.- Adopción ilegal.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	

Art. 108.- Empleo de personas para mendicidad.-	Extinción - Multa específica de 10 a 1000 SBU	
Art. 201.- Ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras.-	Extinción – Multa específica de 100 a 200 SBU	Art. 201.- COIP
Art. 205.- Insolvencia fraudulenta.-	Clausura definitiva de sus locales o establecimientos - Multa específica de 50 a 100 SBU	Art. 205.- COIP
Art. 208A.- Falsificación de marcas y piratería lesiva contra los derechos de autor.	Mismas multas específicas que para las personas naturales (determinadas por rangos en el mismo artículo) y su extinción.	Art. 208A.- COIP
Art. 213.- Tráfico ilícito de migrantes.-	Extinción y multas generales que oscilan desde 20 a 1000 SBU, según la gravedad del delito.	Art. 213.- COIP
Art. 217.- Producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados.-	Extinción - Multa específica de 30 a 50 SBU.	Art. 217.- COIP
Art. 218.- Desatención del servicio de salud.-	Clausura temporal - Multa específica de 30 a 50 SBU.	Art. 218.- COIP
Art. 235.- Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos.-	Multa específica de 10 a 15 SBU.	Art. 235.- COIP
Art. 237.- Destrucción de bienes del patrimonio cultural.-	Disolución – Multa general de 4 a 10 SBU.	Art. 237.- COIP
Art. 242.- Retención ilegal de aportación a la seguridad social.-	Clausura de sus locales o establecimientos, hasta que cancele los valores adeudados – Multa general de 4 a 10 SBU.	Art. 242.- COIP
Art. 243.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.-	Intervención de la entidad de control competente - Multa de 3 a 5 salarios básicos unificados del trabajador en general, por	Art. 243.- COIP

	cada empleado no afiliado.	
Artículo 245.- Invasión de áreas de importancia ecológica.-	Multas específicas que oscilan desde los 100 SBU hasta 1000 SBU. Penas previstas de clausura temporal o definitiva, comiso y la remediación de los daños ambientales.	Art. 258.- COIP
Artículo 246.- Incendios forestales y de vegetación		
Artículo 247.- Delitos contra la flora y fauna silvestres.-		
Artículo 248.- Delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional.-		
Artículo 251.- Delitos contra el agua		
Artículo 252.- Delitos contra suelo.-		
Artículo 253.- Contaminación del aire.-		
Art. 262.- Paralización del servicio de distribución de combustibles.-	Multa específica de 500 a 1000 SBU.	Art. 267.- COIP
Art. 263.- Adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles.-		
Art. 264.- Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles.-		
Art. 265.- Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial.-		

Art. 266.- Sustracción de hidrocarburos.-		
Art. 280.- Cohecho.-	Disolución y liquidación y el pago de una multa de 500 a 1000 SBU.	Art. 280.- COIP
Art. 285.- Tráfico de influencias.-		Art. 285.- COIP
Art. 289.- Testaferismo.-	Extinción y multa de multa (sic) específica de 500 a 1000 SBU.	Art. 289.- COIP
Art. 307.- Pánico económico.-	Según la pena establecida para la persona natural en los delitos de esta sección, las penas para la PJ varían desde 100 a 5000 SBU, previendo también clausura definitiva de sus locales o establecimientos o extinción.	Art. 325.- COIP
Art. 308.- Agiotaje.-		
Art. 309.- Usura.-		
Art. 310.- Divulgación de información financiera reservada.-		
Art. 311.- Ocultamiento de información.-		
Art. 312.- Falsedad de información.-		
Art. 313.- Defraudaciones bursátiles.-		
Art. 314.- Falsedad documental en el mercado de valores.-		
Art. 315.- Autorización indebida de contrato de seguro.-		
Art. 316.- Operaciones indebidas de seguros.-		
Art. 317.- Lavado de activos.-		
Art. 318.- Incriminación falsa por lavado de activos.-		
Art. 319.- Omisión de control de lavado de activos.-		
Art. 320.- Simulación de exportaciones o importaciones.-		
Art. 322.- Pánico financiero.-		

Art. 323.- Captación ilegal de dinero.-		
Art. 324.- Falsedad de información financiera.-		
Art. 326.- Descuento indebido de valores.-		

Tabla-resumen de la regulación sustantiva y de las especificidades procesales del sistema de RPPJ en el COIP	
Regulación sustantiva	Especificidades procesales
<p>Art. 49, inciso primero:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Sistema cerrado de imputación de delitos o <i>numerus clausus</i> -Responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado -Beneficio -Conducta acción u omisión -Doble vía de imputación 	<p>Art. 440. Esta norma considera a la persona jurídica como parte procesada –cuando la fiscalía le formule cargos–, es decir, a partir de ahí, la entidad pasa a ser considerada sujeto pasivo del proceso penal; y por esa razón, se le reconocen todos los derechos constitucionales, instrumentales y legales.</p>
<p>Art. 49, inciso segundo:</p> <p>Independencia de responsabilidades entre personas naturales y jurídicas.</p>	<p>Art. 550. Con una denominación de especificidad, esta norma enumera las medidas cautelares que se aplican contra las personas jurídicas en un proceso penal. Se trata de la clausura provisional de locales o establecimientos, la suspensión temporal de actividades de la persona jurídica y la intervención por parte del ente público de control competente.</p>

<p>Art. 49, inciso tercero:</p> <p>No determinación de la RPPJ.</p>	<p>Art. 551. En el caso de las denominadas órdenes especiales, esta norma determina la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares destinadas a inmovilizar bienes, fondos y demás activos de propiedad o que estén bajo el control directo o indirecto de personas jurídicas. Así mismo, en los delitos contra la naturaleza existe la posibilidad de la incautación, inhabilitación o destrucción de maquinaria pesada o de difícil movilidad.</p>
<p>Art. 50, inciso primero:</p> <p>- Concurrencia de responsabilidades. La RPPJ no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento</p>	<p>Art. 552. De forma más específica este artículo se refiere a las órdenes especiales en los delitos de terrorismo y su financiación, en cuyo caso, se puede aplicar contra las personas jurídicas lo establecido en el primer inciso del art. 551, esto es, la inmovilización los bienes, fondos y demás activos de propiedad o vinculados o que estén bajo el control directo o indirecto de la persona jurídica.</p>
<p>Art. 50, inciso segundo:</p> <p>No se extingue la RPPJ en casos de fusión, transformación, escisión, disolución, liquidación o cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.</p>	<p>Art. 557. En esta norma se establece que en caso de quiebra fraudulenta de persona jurídica financiera con patrimonio negativo, el dinero obtenido del remate servirá para el pago de los derechos de las acreencias de la entidad. El producto íntegro de esta venta más sus intereses se devolverán a la persona procesada en el caso de que sea ratificada su inocencia.</p>
<p>Art. 71. Penas para las personas jurídicas.</p> <p>-Multa.</p> <p>-Comiso penal.</p> <p>-Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.</p> <p>-Actividades comunitarias.</p>	<p>Art. 622.7. Establece que cuando se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica, el juzgador deberá verificar los daños a los terceros para poder imponer la pena.</p>

<p>-Remediación integral de los daños ambientales.</p> <p>-Disolución, ordenado por el juzgador, y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control, sin lugar a ninguna modalidad de recontratación o de reactivación de la entidad.</p> <p>-Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.</p>	
--	--

Tabla de evolución normativa en materia de RPPJ		
Artículo reformado/delito	Pena	Ley
Cohecho (art. 280)	Disolución y liquidación y multa de 500 a 100 SBU	Ley Orgánica reformativa del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial – Suplemento N° 181 de 15 de febrero de 2018.
Testaferismo (ar. 289)	Extinción y multa de 500 a 1000 SBU	
Tráfico de influencias (art. 285)	Disolución y liquidación. Multa de 500 a 1000 SBU	
Artículo 42.- Agrégase como párrafo final del artículo 186 (Estafa), el siguiente texto:	«Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general»	
	«Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos	

<p>Artículo 46.- Sustituyese el artículo 217, por el siguiente texto:</p> <p>«Artículo 217.- Comercialización, distribución, importación, almacenamiento y dispensación de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso y consumo humano caducados».</p>	<p><i>unificados del trabajador en general y la extinción de la misma».</i></p> <p>Nota: En esta reforma, el siguiente texto se incorpora como sanción adicional para la persona jurídica: «<i>Los medicamentos, dispositivos médicos o productos de uso y consumo humano caducados, serán decomisados por la autoridad competente, para la correspondiente destrucción</i>».</p>	<p>Ley orgánica reformativa al código Orgánico integral penal. Suplemento Registro Oficial N° 107, de 17 diciembre de 2019.</p>
<p>Artículo 47.-Agrégase a continuación del artículo 217, el siguiente artículo:</p> <p>«Artículo 217.1.- Producción, fabricación, comercialización, distribución, importación, almacenamiento o dispensación de medicamentos, dispositivos médicos y productos de uso y consumo humano falsificados o adulterados»</p>	<p>Art. 217.1.- Si se determina responsabilidad de la persona jurídica, será sancionada con multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la misma.</p> <p>«<i>Los medicamentos, dispositivos médicos o productos de uso y consumo humano, falsificados o adulterados, serán decomisados por la autoridad competente, para la correspondiente destrucción</i>».</p>	
<p>Artículo 51.- Sustituyese el artículo 247 por el siguiente:</p> <p>«Art. 247.- Delitos contra la flora y fauna silvestres»</p>	<p>Si se determina la participación y responsabilidad de una persona jurídica en el cometimiento de la infracción, la sanción comprenderá además la clausura temporal por un tiempo igual al de la privación de la libertad dispuesta para la persona natural.</p> <p>Nota: esta sanción ya contenía antes de esta reforma el art. 258 del COIP, lo único que ha hecho</p>	

	<p>el legislador es fijar un criterio de temporalidad de la clausura temporal, en atención a la pena de prisión que contempla el tipo (1 a 3 años)</p>	
<p>Artículo 62.- Sustituyese el artículo 264 por el siguiente:</p> <p><i>«Art. 264.- Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles».</i></p>	<p>Si se determina la participación y responsabilidad de una persona jurídica en el cometimiento de la infracción, la sanción comprenderá además la clausura temporal por un tiempo igual al de la privación de la libertad dispuesta para la persona natural. La misma inhabilitación será dispuesta para los socios o accionistas de la persona jurídica.</p> <p>Nota: además la sanción para la persona jurídica será la multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general (art. 267 COIP).</p>	
<p>Art. 1.- En el artículo 45, agréguese a continuación del numeral 6, el siguiente:</p> <p><i>«7. Se entenderán por circunstancias atenuantes (...).»</i></p>	<p>Atenuante:</p> <p>a) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.</p> <p>b) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas,</p>	

	<p>nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.</p> <p>c) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.</p> <p>d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización.</p>	<p>Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción. Segundo Suplemento N° 392 - Registro Oficial, de 17 de febrero de 2021.</p>
<p>Art. 2.- Agréguese a continuación del numeral 20 del artículo 47, el siguiente numeral:</p>	<p>Agravante:</p> <p><i>«21. Haber sido sentenciada previamente por el mismo delito en el caso de las personas jurídicas o valerse de otras personas jurídicas nacionales o extranjeras para el cometimiento del delito, o valerse de la normativa vigente para evadir la responsabilidad en el cometimiento del delito»</i></p>	
	<p>Programas de cumplimiento normativo</p>	

Art. 3.- Sustitúyase el primer párrafo del art. 49 por el siguiente:

En el párrafo segundo, se incorpora al texto inicial lo siguiente: *«La responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá aún cuando no haya sido posible identificar a la persona natural infractora.»*

Luego, al art. 49 se incorpora luego del tercer párrafo que se mantiene inalterable, lo siguiente:

«La responsabilidad penal de la persona jurídica se atenuará de conformidad con el número 7 del artículo 45 del presente Código. Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas:

- 1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;*
- 2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgos;*
- 3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;*
- 4. Modelos de gestión financieros;*
- 5. Canales de denuncias;*
- 6. Código de Ética;*
- 7. Programas de capacitación del personal;*
- 8. Mecanismos de investigación interna;*
- 9. Obligación de informar al encargado de*

	<p><i>cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;</i></p> <p><i>10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,</i></p> <p><i>11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia».</i></p>	
--	--	--

Tabla de delitos en los que se infiere la no determinación de la RPPJ sino la imposición de posibles consecuencias accesorias		
Delito	Artículo que prevé la consecuencia o pena accesoria	Pena accesoria
Art. 298.- Defraudación tributaria.-	Art. 298.- COIP	Extinción y multa específica de 50 a 100 SBU.
Art. 367.- Financiación del terrorismo.-	Art. 367.- COIP	Comiso penal y extinción de la persona jurídica creada o utilizada para el efecto.
Art. 378.- Muerte provocada por negligencia de contratista o ejecutor de obra	Art. 378.- (último inciso) COIP	10 a 12 SBU conforme a la regla 7 del art. 70.