



# LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA BAJO EL PRISMA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL –COIP–

Gabriel Ponce Hernández

## Resumen

*El Ecuador, al igual que la mayoría de países occidentales, adoptó la responsabilidad penal de la persona jurídica. Su validez dogmática sigue siendo cuestionada desde algunos sectores, pero la realidad, es que está para quedarse.*

*La legislación penal en esta materia, debe corregir errores que pueden provocar inconvenientes de aplicación normativa, en la administración de justicia. En todo caso, la responsabilidad de la persona jurídica, será comprendida como un hecho propio y no como el modelo de imputación que conlleva la cláusula del “actuar por otro”.*

**Palabras clave:** Empresa, culpabilidad, responsabilidad propia, condición de garante, subordinados, altos funcionarios, mandos medios.

## Abstract

*In Ecuador, as same of western countries, it has adopted the corporate criminal responsibility.*

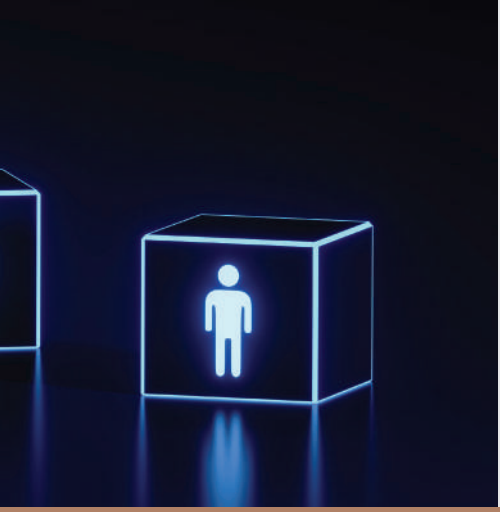
*The dogmatic aspect of the technical support, is still having some objections from different areas, but it has come to stay.*

*The criminal legislation in this matter, has to amend some mistakes that could provoke difficulties when applying the law, by the court of justice. Anyway, the corporate criminal responsibility, must be understand as an own act instead of a vicarious liability.*

**Keywords:** Enterprise, culpability, own act, guarantor, employee, company officials.

## La responsabilidad penal de la empresa Legislación aplicable

En el año 2014 el Ecuador, procurando actualizar su derecho penal al sistema contemporáneo, promulgó el Código Orgánico Integral Penal –COIP–. Desde su publicación y puesta en vigencia, se han realizado varias reformas, por lo que en este espacio me voy a referir a los conceptos vigentes de la ley.



El artículo 49 de COIP<sup>1</sup>, prescribe la conducta que comporta la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para comenzar el análisis, por la forma como está planteado por el Código, voy a empezar, objetivamente, desde la acción y culpabilidad para concluir en el modelo de imputación adoptado por el legislador.

### La acción y culpabilidad

El citado código, establece que habrá responsabilidad penal de las personas jurídicas

de derecho privado, nacionales o extranjeras, por la acción u omisión de delitos cometidos para su beneficio o de sus asociados. De acuerdo al mismo texto, pueden hacer responsable a la persona jurídica las infracciones cometidas, por ejemplo, quienes ejercen su propiedad o control.

El artículo 22<sup>2</sup> del mentado COIP, en principio, no identifica a la acción como una conducta estrictamente humana. Por esto, podría decirse que no incluye el principio de *societas delinquere non potest*. Al contrario, presenta su definición parece amplia, que abarca toda conducta relevante, por acción u omisión, que pone en peligro o produce resultados lesivos. Aún así, el Código prohíbe sancionar a una persona por razones de identidad, peligrosidad o características personales. Esta última calificación, puede causar confusión sobre los destinatarios de esta norma.

1. Artículo 49 Código Orgánico Integral Penal, reformado mediante publicación en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 392, de 17 de febrero de 2021.
2. Art. 22. Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

- Abogado titulado por la Universidad De las Américas UDLA, Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar y Master en Derecho Penal por la Universidad Santo Tomás de Colombia.
- Participante en el curso Destrezas de litigación oral y técnicas avanzadas en el contra examen por Acceso Capacitación del programa de la Universidad de San Diego-California.
- Socio del Estudio jurídico LEXADVISOR. Catedrático en la Universidad Internacional del Ecuador.
- Ex profesor de Derecho Penal en la Universidad de las Américas UDLA.



Gabriel Ponce Hernández

Consecuentemente, si el concepto de acción se concreta en la persona física, entendiéndose que “Sólo puede ser sujeto activo del delito el ser humano. No pueden serlo los animales ni las cosas inanimadas”<sup>3</sup>, entonces no habría posibilidad de comprender la conducta relevante de las personas jurídicas. Algunos autores, por ejemplo, Ricardo Núñez, entienden que no es posible extender la acción hacia otros sujetos confluyentes de la vida social. En efecto, Núñez señala que:

“...la persona moral no puede ser sujeto activo de un delito, puesto que dicha calidad sólo la puede tener la persona física, que “sólo ella es capaz de ejecutar las acciones o incurrir en las omisiones que legítimamente pueden entrar en el ámbito del Derecho Penal”<sup>4</sup>.

Algunos argumentos fundamentan la impertinencia de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debido a que la pena no puede ser compartida. Es decir, que existe una individualización de la pena que debe recaer exclusivamente sobre el sujeto autor de la infracción. Si se reconoce que la acción únicamente puede ser valorada en una persona física, entonces tendrían razón autores como Sebastián Soler, quien afirma que:

“...nadie sufre una pena por otro. En este sentido, violenta el principio de subjetividad toda tendencia a extender formas de responsabilidad penal a grupos sociales en conjunto o a afirmar la posibilidad de imponer penas sobre personas no individualizadas”<sup>5</sup>.

Esta misma crítica la comparte Bernardo Feijoo Sánchez, aunque lo enfoca de un modo diferente. Él comprende que:

“...la cuestión de fondo no es si la persona jurídica puede ser sujeto de imputación, lo cual es obvio en otras ramas del ordenamiento jurídico, sino si es legítimo resolver ciertos conflictos sociales imponiéndoles una pena a las personas jurídicas que ni tienen capacidad de decidir por sí mismas ni les reconocen alternativas de comportamiento con respecto a las decisiones de sus órganos directivos o de las personas que actúan en su nombre”<sup>6</sup>.

Bajo estos planteamientos, al parecer, la responsabilidad penal de la persona jurídica no tiene cabida. Además, el concepto tradicional de acción impide permitir el reconocimiento de la capacidad de conducta de la persona moral. Lo mismo podría decirse sobre la posibilidad de culpabilidad. Al final, precisamente, los mayores problemas a los que se ha sujetado la doctrina que defiende la responsabilidad penal de la persona jurídica, es la falta de acción y de culpabilidad.

Sobre esto último, el artículo 34 del COIP, prescribe que:

“Art. 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta”<sup>7</sup>.

3. Cerezo Mir, José, “Derecho penal parte general”, Editorial B de F Montevideo -Buenos Aires, 2008, página 367.

4. Rodríguez Estévez, Juan María, “Imputación de responsabilidad penal para la empresa”, Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, 2015, página 36.

5. Ibid, páginas 34 a 35.

6. Feijoo Sánchez Bernardo, “sobre el fundamento de las sanciones penales para las personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano” en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes”, coordinado por Percy García Cavero, Ara Editores, Lima-Perú, 2002, páginas 219 a 220.

7. Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014.

De la lectura de este artículo, encuentro una colisión que podría llegar a complejizar la atribución de responsabilidad de la persona jurídica. Esta observación tiene lugar porque podría llegar a existir una apariencia de violación al principio de subjetividad. Es decir, que se pue-

el problema, si la misma ley penal impone la necesidad de que el responsable del delito sea imputable y actúe con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

*"Sobre lo primero, el artículo 1463 del Código Civil Ecuatoriano reconoce a la persona jurídica como un incapaz relativo."*

Sobre lo primero, el artículo 1463 del Código Civil Ecuatoriano reconoce a la persona jurídica como un incapaz relativo. Este mandato normativo impediría que una persona moral pueda ser considerada culpable, puesto que legalmente está reconocida como incapaz. Sin embargo, la imputabilidad se entiende, "...en un segundo peldaño cuando el incapaz

de llegar a imponer una pena bajo la forma de responsabilidad objetiva. Evidentemente, esta forma de culpa, propia del derecho civil, no es compatible con la responsabilidad penal. Precisamente, en esta parte radica el problema, pues como lo dice Feijoo Sánchez, "[L]a institución de la representación (*vicarius liability*), válida para el Derecho civil, carece de legitimidad en el ámbito del Derecho Penal por ser contraria a los postulados básicos del principio de culpabilidad"<sup>8</sup>. Por cierto, en esta misma línea de opinión, formulé que habría una imposibilidad de acción y, luego, de culpabilidad de las personas morales, pues "como consecuencia lógica, la persona jurídica no tiene voluntad y no puede comprender la ilicitud de sus actuaciones corporativas..."<sup>9</sup>. Encima, es mucho más delicado

puede comprender el injusto del hecho o de actuar conforme a esa comprensión"<sup>10</sup>. En cuando a lo segundo, significa el cumplimiento del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, que implica lo siguiente:

"La accesibilidad a la norma (o normativa) como requisito previo de la posibilidad de autodeterminación conforme a las normas precisa la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y prohibición de la conducta, y para la plena accesibilidad y reprochabilidad el conocimiento efectivo de la antijuridicidad, e incluso de la prohibición penal"<sup>11</sup>.

Sobre el problema que presenta la inimputabilidad de la Persona jurídica, ciertamente

8. Ibid, página 222.

9. Ponce Hernández Gabriel, 2017, "Crítica al sistema de imputación de la persona jurídica": *Novedades Jurídicas*, año XIV (No. 128), páginas 52 a 57.

10. Roxin, Claus, "Derecho penal parte general, tomo I, Civitas Ediciones S.L. Madrid, 1997, página 823.

11. Luzón Peña, Diego-Manuel, "Derecho penal parte general", B de F Montevideo- Buenos Aires, 2012, página 770.



encuentro un vacío legislativo que la jurisprudencia deberá completarla, si no lo hace antes el parlamento. Pese a esto, debe reconocerse que “...la personalidad jurídica es, según entendemos, solamente un requisito necesario, pero no suficiente, para que una persona jurídica sea destinataria de la norma que la obliga a organizarse adecuadamente”<sup>12</sup>. Debido a esto se debe entender que la autorregulación de la empresa y su tamaño importan para definir su capacidad

de respuesta penal o no. En otras palabras, el volumen que represente el margen de negocios y su constitución interna, refiriéndome al número de funcionarios y trabajadores, será un visor válido para saber su condición de imputabilidad, y por lo mismo de capacidad de acción. Dicho esto, la persona moral podrá ser dotada de capacidad de acción y culpabilidad suficiente, cuando pueda colegirse que tiene autonomía decisoria, desvinculada de las personas físicas que la componen. En esta línea de ideas, esto puede ser considerado cuando:

“... se tiene el tamaño y la complejidad suficiente, y solamente así se puede afirmar que determinados actos de personas físicas no son exclusivamente responsabilidad de ellas sino que entra en juego la dinámica y lógica de la organización – defectuosa– a la que pertenece. Solo cuando es posible separar conceptualmente la acción de la persona física de la organización es dable hacer responsable a la persona jurídica”<sup>13</sup>.

Con todo, únicamente empresas de gran magnitud estarían dentro de este concepto de responsabilidad, no así las pequeñas sociedades. Al tratarse de estas segundas, la diferenciación entre la decisión adoptada por la persona natural colocada detrás de la pantalla societaria, no quedaría separada de la acción corporativa.

12. González Sierra, Pablo, “La imputación penal de las personas jurídicas análisis del Art. 31 Bis CP”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, página 287.

13. Ibid, página 289.



En otras palabras, la acción realizada por la sociedad no sería independiente del sujeto que la representa. Al contrario, dicho acto quedaría como un acontecimiento suyo. De ser este el caso, no tiene razón imponer sanciones a la persona jurídica, puesto que el sujeto responsable de la decisión ilícita puede ser identificado condenado. En este sentido:

“por ejemplo, resulta obvio que en cualquier sociedad mercantil de un cierto tamaño no son los administradores quienes se ocupan de resolver las pequeñas incidencias del quehacer cotidiano, sino que una buena parte de sus funciones se halla delegada a subordinados...”<sup>14</sup>.

En fin, le corresponderá a la legislatura o la jurisprudencia definir el tamaño que debe tener la empresa, para ser sujeto de Derecho penal.

### Los sujetos de la acción penal

Como lo había indicado en líneas anteriores, el COIP refiere a los sujetos que, por acción u omisión, pueden generar responsabilidad a la persona jurídica. El mismo artículo 49 enlista sus calidades:

“... quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de

gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”<sup>15</sup>.

La organización empresarial, usualmente ordena su estructura según un plano horizontal y vertical. Es decir, que su armazón se lo mide por funciones y en razón de una jerarquía, conforme lo reconoce la propia doctrina:

“En todo caso y como es sabido, la *criminalidad empresarial* se caracteriza, entre otras cosas, por algunas particularidades en el modelo de realización delictiva, tales como la *división funcional del trabajo* (plano horizontal) y la *jerarquía* (plano vertical). Se entiende que los directivos dan órdenes a los mandos intermedios, y estos a su vez a otros empleados, hasta que finalmente alguien ejecuta un hecho delictivo; de modo que se trataría de averiguar el alcance de la responsabilidad penal, en sus respectivos casos, de quienes cometen un delito aprovechando la estructura de la empresa”<sup>16</sup>.

Esta afirmación expresa que, al hablar de la criminalidad de empresa, lo que le interesa al Derecho penal es llegar al beneficiario de la estructura corporativa, más que al autor material del hecho. Por eso es “... la necesidad de hacer responsables a quienes ejercen funciones directivas, aún cuando no intervengan directamente en la ejecución de los delitos concretos que llevan a cabo otros”<sup>17</sup>. En este punto, conviene establecer que el código ecua-

14. ¡ Vallès, Ramón Ragués, “La imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de empresa”: Delito y empresa estudios sobre la teoría del delitos aplicada al Derecho penal económico-empresarial, Ramón Ragués ¡Vallès, Ricardo Robles Planas, Atelier, Barcelona, 2018, página 100.

15. Artículo 49. Ob cit.

16. Demetrio Crespo, Eduardo, “Responsabilidad penal por omisión del empresario”, Iustel, Madrid, 2009, página 30.

toriano plantea un esquema de participación y autoría que incluye básicamente a toda la cadena de mando. Es decir, que parece dar la misma importancia a toda la línea de ejecución, desde las altas esferas de dirección y decisión hasta los cargos más bajos. Esto se coligue por la frase: “en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”<sup>18</sup>.

Respecto a esto último, la responsabilidad penal de la empresa existe cuando la actuación pasiva u omisiva de cualquiera de los sujetos prenombrados, ha beneficiado ésta o a sus asociados<sup>19</sup>. Adicionalmente, indica también que, la responsabilidad penal de las personas naturales es independiente de la que le corresponde a la empresa<sup>20</sup>.

Conforme a la doctrina, el interés no es tanto la existencia de responsabilidad penal que pueda recaer sobre los funcionarios de bajo rango. Al contrario, quienes ocupan los mandos medios y altos, son quienes deben asumir las responsabilidades que les corresponde, pues ellos tienen el control y deber de supervisar las funciones corporativas. Esto nos conduce a tener que reconocer que, al hablarse de competencia por funciones, se establecen grados de garantía sobre bienes jurídicos, que solo pueden estar encomendados a este nivel de funcionarios. Por eso dice que:

“Podrán hallarse con frecuencia multitud de conductas neutrales en las actuaciones de los subordinados. El principio de competencia despliega toda su fuerza en tales casos, pues se trata de poner de manifiesto que aquellos subordinados *no son en absoluto garantes* de impedir que se cometan delitos en la empresa, incluso aunque tengan conocimiento de la producción del delito y aparezcan en alguna medida causalmente relacionados con él”<sup>21</sup>.

En este orden de ideas, la toma de decisiones en la organización empresarial responderá a sus propias competencias internas que pueda llegar a configurar dentro de su estructura. En función de esto, la fragmentación decisoria será proporcional al tamaño de la sociedad. Por lo tanto, esta manera de articular el funcionamiento de las personas jurídicas, da muestra de que esta actúa según su propia lógica en virtud de su dimensión. Esto significa que, en la medida del tamaño de la empresa, las decisiones son adoptadas según la competencia de cada área, y eso justifica su punibilidad. Por esto, al Derecho Penal le interesa la responsabilidad de los superiores jerárquicos mas que los subordinados, pues a ellos les corresponde cumplir con las tareas de supervisión y control internas.

Por este orden estructural de la empresa y a la luz de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se justifica su conducta penal dada su

17. Ibid.

18. Ob. Cit, artículo 49.

19. Art. 49 COIP: “En los supuestos previsto en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados por la acción u omisión de quienes ...”

20. Art. 49 COIP: “La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de las responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito...”

21. Robles Planas, Ricardo, “Principios de imputación en la empresa”: Delito y empresa estudios sobre la teoría del delitos aplicada al Derecho penal económico-empresarial, Ramón Ragués i Vallès, Ricardo Robles Planas, Atelier, Barcelona, 2018, página 24.

condición de garante en la protección de bienes jurídicos. “Así se sostiene acertadamente que la posición de garante se verifica, únicamente, en la competencia de la organización (evitar los peligros que ella genera) y la competencia institucional (evitar los peligros que genera el rol adjudicado dentro de la organización)”<sup>22</sup>.

De ahí que:

“... las características organizativas de las empresas, basadas en la división de trabajo, la delegación y la segmentación de funciones determinan que los centros de decisión y los de ejecución, por regla, ocupen diversos niveles. Ello obliga a aclarar bajo qué condiciones la responsabilidad por acciones responsables de los que ocupan los niveles subordinados pueden generar responsabilidad *penal* o *administrativa* de los que ocupan los niveles superiores”<sup>23</sup>.

Es por esto que los esfuerzos de la doctrina se han asentado en buscar un modelo que permita la imputación de los sujetos del nivel superior, aún cuando éstos no tuvieren contacto con el hecho ilícito. De ahí que, se considera factible el modelo *top down* porque “...según la extendida opinión de que la responsabilidad penal no sólo tiene que restringirse a los escalones inferiores, sino que puede incluso partir desde arriba”<sup>24</sup>. Es decir, que este modelo “...centra su atención en las personas que dentro de la misma son responsables de la toma de decisión.

Permite que se haga responder a todo aquél que, por razón de su posición en la empresa, sea

competente y está en situación de garantizar la observancia por parte de la misma del cuidado exigido”<sup>25</sup>.

Bajo estas consideraciones dogmáticas, puede llegar a concluirse que, según el tenor del código ecuatoriano, la responsabilidad penal de la empresa y del funcionario, incluso del contratista, presentan un mismo nivel de imputación. Sin embargo, es posible contemplar la posibilidad de determinar la responsabilidad penal de los medios y altos funcionarios por delitos de omisión, dada su condición de garantes. Empero, aquí se presenta un nuevo problema. El artículo 28 del COIP, prescribe:

**“Art. 28.- Omisión dolosa.-** La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene 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”<sup>26</sup>.

La interpretación literal de la norma citada, junto a la modalidad de omisión que refiere el artículo 49 del COIP, infiere que debemos esperar, sobre todo, de los altos mandos una expectativa de acción. Así las cosas, de los socios o accionistas, directores, gerentes o similares se

22. Cúneo Libarona Rafael, “Responsabilidad penal del empresario por delitos imprudentes de sus dependientes”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, páginas 84 a 85.
23. Bacigalupo, Enrique, “Compliance y Derecho Penal, Editorial Arazandi SA., Pamplona, 2011, página 22.
24. Demetrio Crespo, Eduardo, Ob. cit, página 33.
25. Ponce Hernández Gabriel, “Responsabilidad penal del empresario”: Cálamo Revista de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas –UDLA–julio 2018 (No. 9), páginas 57 a 69.
26. COIP, Ob. Cit.



confía que cumplan sus tareas de supervisión y control que tienen sobre los subordinados. Consecuentemente, “ya por esta defraudación de la expectativa individual, puede considerarse la no actividad como una omisión”<sup>27</sup>. Esta expectativa, aplica también a los entes de control colectivos, como la Junta General, Directorio, o los que se hubieren en cada empresa.

La norma en referencia, establece la existencia de una posición de garantía en razón de una “obligación legal o contractual de cuidado o custodia” sobre los bienes jurídicos: vida, salud, libertad e integridad personal. Pero reconoce también la provocación o incremento de un riesgo sujeto al control del garante, del que resulte la afectación al bien protegido. Es decir, que “...el problema se plantea cuando, en los delitos de omisión no regulados expresamente por la ley penal, la no evitación de un resultado típico ha de equipararse a su producción mediante un hacer positivo (omisión impropia)”<sup>28</sup>. Además, debe entenderse que la provocación o incremento del riesgo que refiere la norma, tiene que ser el resultado del incumplimiento a un deber imputado al sujeto-garante. Este mandato normativo impone un deber de acción a la empresa o agente. “Así pues, el tipo de la omisión consiste en la no realización de una acción que el sujeto era capaz de realizar, no siendo posible hablar de relación causal ya que el sujeto no causó el resultado sino que simplemente *no lo evitó*”<sup>29</sup>.

El inconveniente que advierto, es que al estar limitados los bienes jurídicos, los sujetos de abajo o subordinados, responderán junto a la

empresa por todos los delitos de acción. Mientras tanto, los sujetos de arriba, solo responderán por aquellas infracciones atentatorias contra los bienes jurídicos citados en la norma del artículo 28 del COIP. En resumen, los sujetos de los mandos altos y, posiblemente, de los medios, no responderán por delitos de omisión impropia. Es decir que, frente a un delito de cohecho que sanciona a la persona jurídica, no podrán ser autores porque el bien jurídico protegido es la eficacia de la administración pública.

### Criterios de imputación

Se han revisado algunos problemas que presenta la justificación de imputación a la persona jurídica. Para su confrontación, lo primero es abordarlos desde un criterio de política criminal, que entienda la necesidad del reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa, a partir de tres puntos argumentativos, a saber:

“En primer lugar, que no siempre es posible sancionar a las personas físicas (...) por delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica. En segundo lugar, que incluso en los casos en que tal sanción sea posible (...) ello constituiría una respuesta insuficiente para la criminalidad económica (...). Y, en tercer lugar, que las alternativas orientadas a la responsabilización de la propia persona jurídica al margen del Derecho y del proceso penal (muy en concreto, las sanciones u otras medidas administrativas) no son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad de la empresa...”<sup>30</sup>.

27. Roxín Claus, “Derecho penal parte general tomo II, Editorial Arazandi SA, Pamplona, 2014, página 755.

28. Ferré Olivé, Juan Carlos; Núñez Paz, Miguel Ángel; Ramírez Barbosa Paula Andrea, “Derecho Penal colombiano-parte general”, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, página 265.

29. Ibid.

30. Silva Sánchez, Jesús-María “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 129 del Código Penal Español” en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes”, coordinado por Percy García Cavero, Ara Editores, Lima-Perú, 2002, páginas 150 a 151.



En resumen, los argumentos de política criminal que motivan la imputación penal de la persona jurídica, podrían concretarse en tres consideraciones puntuales: 1. Que "...la división de trabajo que es característica de estas produce una significativa difuminación de la responsabilidad penal individual..."<sup>31</sup>. A esto se lo conoce como irresponsabilidad organizada. En otras palabras, quiere decir que las instituciones, a través de sus propia organización, genera barreras que impide al Derecho Penal llegar hacia la persona individual responsable del acto ilícito. 2. Que la misma estructura orgánica puede llegar a "...justificar la atribución de consecuencias jurídico – penales a las personas jurídicas en los casos en que es imposible atribuírsela a personas concretas íntegras en su estructura por razones probatoria o técnico-jurídicas..."<sup>32</sup>.

Esto quiere decir, que es plenamente aceptable imponer una sanción penal a la persona jurídica, pero no sólo a ella, sino a la persona natural, por igual. En todo caso, la imposición de la pena tiene que ser acumulativa y no subsidiaria, lo que quiere decir, parafraseando a Silva Sánchez, "hacer sancionar a las personas jurídicas solo en el caso de que fuera imposible sancionar a las personas naturales que la integran"<sup>33</sup>.

3. Que, no sería oportuno, por un lado, la imposición de sanciones administrativas contra las personas jurídicas y, por otro, sanciones penales a las personas físicas. En primer lugar, porque la sanción a la persona jurídica dependería de la imposición de la pena a la persona natural. En segundo lugar, porque, basados en esta realidad accesorio, la sanción a la persona jurídica podría quedar impune por falta de sanción a la persona natural, o aplicarse el principio *non bis in idem* al haber identidad objetiva y subjetiva en el hecho y el fundamento de la amonestación. Por lo que, desde una perspectiva técnica y por política criminal, es más conveniente acumular las infracciones cometidas bajo penas, que con sanciones administrativas.

Finalmente, luego de que está justificada la responsabilidad penal contra la persona jurídica, es preciso identificar el modelo de imputación que fue adoptado por el COIP.

La doctrina reconoce dos modelos de imputación, el primero que ha sido denominado "teo-

31. Ibid, página 51.

32. Ibid, página 153

33. Ibid, pagina 153

ría de la representación o modelo de imputación”. A este sistema, Silva Sánchez lo llamó “modelo de responsabilidad por atribución”. El otro, responde al modelo de responsabilidad por hecho propio.

Cuando se trata del modelo de responsabilidad “por atribución”, se aplica la cláusula del actuar en lugar de otro. Esto significa, que la responsabilidad penal a la persona jurídica “...se origina por la transferencia a ésta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física con una importante función dentro de ella...”<sup>34</sup>. Esta teoría es la que utiliza el sistema anglosajón, y que se llama *strict liability*.

Este concepto de imputación presenta una oposición importante. Ya que la responsabilidad de la persona jurídica es una transferencia de la responsabilidad de la persona física, lo cual puede ser una verdadera forma de imputación objetiva. Sin embargo, hay quienes manifiestan que no se trata de eso, precisamente por esa transferencia de culpabilidad. En este sentido, “*la responsabilidad vicarial no es un régimen exclusivo de responsabilidad objetiva (...)*. Lo que si puede afirmarse es que consiste en un modelo de imputación mediante el cual (...) se imputa a la corporación el injusto y la culpabilidad del agente o representante”<sup>35</sup>. En otras palabras, la responsabilidad subjetiva de la persona moral es la misma que la del propio agente. Por tanto, no existe en realidad un juicio de reproche que determine la culpabilidad de la persona jurídica. Es más, como manifestó Bernardo Feijoo Sánchez:

“Creo que después de estas consideraciones no precisa mayores explicaciones la conclusión de que

el traslado directo de la responsabilidad penal del representante al representado (el titular o propietario de la empresa) resulta contrario a los principios del Derecho penal moderno...”<sup>36</sup>

En cambio, sobre el modelo de responsabilidad por el hecho propio, se entiende, por el contrario, que el acto ilícito le pertenece a la misma empresa. Es decir, que es producto de la “irresponsabilidad de la organización”. Por consiguiente, el acto ilícito cometido por sus funcionarios –sean subordinados o de mandos medios o altos– le pertenece a ésta como suya. Su atribución se debe, no solo a la acción propia ejecutada por un funcionario a su nombre y para su beneficio, sino por la falta de supervisión y vigilancia de los órganos de control. De esta fórmula, se puede desprender el nacimiento de la acción típica y de la culpabilidad de la empresa. Además, este modelo, al contrario del anterior, permite la imputación de la persona natural de forma independiente y autónoma a la persona jurídica. Por tanto, cada uno responderá de acuerdo a su propia culpabilidad. Sobre lo expuesto, parte de la doctrina alude a lo señalado:

“Frente a esta realidad, el modelo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales, ya que es una responsabilidad de la estructura empresarial en sí misma considerada como sujeto de Derecho penal, lo cual no es incompatible con la imputación de responsabilidad individual a la persona o personas físicas que cometieron directamente la actuación delictiva”<sup>37</sup>.

34. Rodríguez Estévez, Juan María, Ob Cit. página 105.

35. Gómez Jara-Diéz, Carlos “Corporate criminal liability: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EEUU” en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes”, coordinado por Percy García Caveró, Ara Editores, Lima-Perú, 2002, página 294.

36. Feijoo Sánchez, Bernardo, Ibid, página 222.

37. Rodríguez Estévez, Juan María. Ob Cit. página 107.

Actualmente, parece que hay una mayoría con esta última postura.

### **Posición personal sobre la ubicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica del COIP**

Después reflexionar sobre lo expuesto en esta exposición, y teniendo en cuenta que los párrafos segundo y tercero del artículo 49 del COIP, establecen:

“La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá aun cuando no haya sido posible identificar a la persona infractora.

No hay lugar a la determinación de responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica”<sup>38</sup>. Puedo concluir que el modelo de sistema implementado por el legislador ecuatoriano, corresponde al de hecho propio. Esto se puede colegir, por la distinción que hace la norma en relación con la independencia de la responsabilidad de la empresa, frente a la culpabilidad de la persona física. Es más, cuando la propia disposición normativa establece que la responsabilidad penal institucional subsistirá aun cuando no se pueda identificar al infractor. Este es un claro ejemplo de como la suerte que pueda correr la empresa es propio y no depende de lo que ocurra con la persona natural. Es decir, se demuestra con claridad que cada una

de las responsabilidades es independiente. Bajo este mismo orden de ideas, conviene reseñar que el artículo 50 del COIP prevé que en caso de concurrencia de responsabilidades en la comisión del hecho punible, la empresa no puede perjudicarse por circunstancias que afecten o agraven a las personas naturales. Asimismo, tampoco puede beneficiarse si éstas han fallecido, o si se les ha dictado un sobreseimiento, o se ha extinguido su responsabilidad penal.

La observación que encuentro, tal como lo expuse en líneas anteriores, se relaciona con el concepto de culpabilidad que maneja el COIP. Pues como he indicado, la inimputabilidad contenida en la norma del Código Civil, podría llegar a impedir la determinación de la culpabilidad societaria. Esta consideración de incapacidad relativa obstaculizaría que la empresa se entienda habilitada para comprender el ilícito penal o la antijuridicidad de la conducta, como lo expresa la propia ley, y, por lo tanto, para motivarse por la aplicación de la norma. Evidentemente, esto podría generar inconvenientes al momento del juicio de reproche para la valoración de la culpabilidad corporativa. Además de esto, también debe revisarse el artículo 28 y el concepto de posición de garante. Pues en sí misma, es muy limitado tanto en las formas de configuración de la condición de garantía, como de los bienes jurídicos protegidos. Ya vimos que quienes omiten las funciones de control y vigilancia, no pueden ser penalmente sancionados por la comisión de delitos de acción por omisión. Por lo que conviene que el legislador revea dicho listado, o simplemente lo derogue, para que no se presenten limitaciones al momento de la colocación en posición de garante.

38. Art. 49 Ob. Cit.

**BIBLIOGRAFÍA:**

- Cerezo Mir, José, “Derecho penal parte general”, Editorial B de F Montevideo -Buenos Aires, 2008.
- Rodríguez Estévez, Juan María, “Imputación de responsabilidad penal para la empresa”, Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, 2015.
- Feijoo Sánchez Bernardo, “sobre el fundamento de las sanciones penales para las personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano” en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes”, coordinado por Percy García Cavero, Ara Editores, Lima-Perú, 2002.
- Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014.
- Ponce Hernández Gabriel, 2017, “Crítica al sistema de imputación de la persona jurídica”: Novedades Jurídicas, año XIV (No. 128).
- Ponce Hernández Gabriel, “Responsabilidad penal del empresario”: Cálamo Revista de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas –UDLA–julio 2018 (No. 9).
- Roxin, Claus, “Derecho penal parte general, tomo I, Civitas Ediciones S.L. Madrid, 1997.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, “Derecho penal parte general”, B de F Montevideo- Buenos Aires, 2012.
- González Sierra, Pablo, “La imputación penal de las personas jurídicas análisis del Art. 31 Bis CP”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.



- i Vallès, Ramón Ragués, “La imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de empresa”: Delito y empresa estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial, Ramón Ragués i Vallès, Ricardo Robles Planas, Atelier, Barcelona, 2018.
- Cúneo Libarona Rafael, “Responsabilidad penal del empresario por delitos imprudentes de sus dependientes”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011.
- Bacigalupo, Enrique, “Compliance y Derecho Penal, Editorial Arazandi SA., Pamplona, 2011.
- Roxín Claus, “Derecho penal parte general tomo II, Editorial Arazandi SA, Pamplona, 2014.
- Ferré Olivé, Juan Carlos; Núñez Paz, Miguel Ángel; Ramírez Barbosa Paula Andrea, “Derecho Penal colombiano parte general”, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011.
- Silva Sánchez, Jesús-María “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 129 del Código Penal Español” en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes”, coordinado por Percy García Cavero, Ara Editores, Lima-Perú, 2002.
- Gómez Jara-Diéz, Carlos “Corporate criminal liability: algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EEUU” en “Responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes”, coordinado por Percy García Cavero, Ara Editores, Lima-Perú, 2002.