



Universidad de las Américas
Maestría en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja

- Ensayo Académico -

“ACTOS DE CORRUPCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA, FRENTE
AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL”

Mario Cadena Escobar

Quito, noviembre de 2023

ÍNDICE

I.	<u>INTRODUCCIÓN</u>	5
1.	<u>La persona Jurídica</u>	6
1.1.	<u>Definición de persona jurídica y naturaleza de la persona jurídica</u>	6
1.2.	<u>Persona Jurídica y Derecho Penal</u>	6
1.3.	<u>Responsabilidad penal de la Persona Jurídica</u>	8
1.3.1.	<u>Responsabilidad de la Persona Jurídica en Ecuador: Una mirada desde los actos de corrupción.</u>	10
1.4.	<u>Delitos de corrupción de la persona jurídica</u>	11
1.4.1.	<u>Persona jurídica procesada y derechos humanos</u>	14
1.4.2.	<u>Asignación de un Defensor Público para la persona jurídica</u>	15
1.4.3.	<u>Derecho de la víctima para presentar acusación particular, a la persona física y persona jurídica.</u>	15
1.4.4.	<u>Petición de medidas cautelares para la persona jurídica</u>	15
1.5.	<u>Estudio comparado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (EEUU, España, Perú, Colombia).</u>	16
1.5.1.	<u>Modelo de responsabilidad</u>	16
1.5.2.	<u>Estructura y organigrama de funciones de una empresa privada</u>	19
2.	<u>Mínima Intervención Penal</u>	21
2.1.	<u>Naturaleza del principio de Mínima Intervención Penal.</u>	21
2.2.	<u>Análisis de la responsabilidad penal en casos de corrupción frente al principio de mínima intervención penal.</u>	22
3.	<u>Estudio De Caso: Sentencia 154/2016, de 29 de febrero de 2016 del Tribunal Supremo Español</u>	26
3.1.	<u>Disolución de la persona Jurídica declarada culpable del delito</u>	29
3.2.	<u>Concepto de delito en consideración de la sociedad</u>	31

<u><i>3.3. La exención de responsabilidad penal y su prueba: ¿procede configurar un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas?</i></u>	<u>33</u>
<u><i>3.4. Programas de cumplimiento Corporativo</i></u>	<u>33</u>
<u><i>3.5. Criminal Compliance: Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas.</i></u>	<u>35</u>
<u>III. CONCLUSIONES</u>	<u>37</u>
<u>IV. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS</u>	<u>38</u>

LISTADO DE ABREVIATURAS, Y SIGLAS

COIP: Código Orgánico Integral Penal

CEE: Comunidad Económica Europea

CNUCC: Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción

FCC: Fomento de Construcciones y Contratas

FCPA: Foreign Corrupt Practices Act

GRECO: Grupo de Estados contra la Corrupción

COGEP: Código Orgánico General de Procesos

LOPJ: LOPJ

OMC: Organización Mundial del Comercio

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

RRPP: Responsabilidad Penal de las personas jurídicas

PJ: Persona Jurídica

PF: Personas Físicas

RPJ: Responsabilidad Persona Jurídica

STS: Sentencia Tribunal Supremo (España)

TUE: Tratado de la Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

La globalización de las relaciones comerciales ha generado procesos en los cuales se hace necesario estar atentos a los casos de corrupción. (Soto, 2003). “El soborno a funcionarios, así como los actos de corrupción de la Persona Jurídica, es la nueva forma de criminalidad a la que se expone una empresa, siendo objeto de enjuiciamiento en diversos países” (Banco Mundial, 1997).

Ecuador, ha desarrollado una normativa con alcance territorial que permite emprender acciones en contra de las empresas que se involucran en actos delictivos de la figura de corrupción tipificada en la ley penal. De ahí surge la importancia de la temática planteada, considerando que en Ecuador la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (en adelante RPJ.) acontece mediante un proceso de enjuiciamiento penal que determina una condena o sanción autónoma, separando la persona física o natural de la jurídica y vinculadas. En el ordenamiento jurídico existe diversidad de regímenes y regulaciones al amparo del principio de territorialidad, que deben enfrentar diversos procesos penales por los hechos sometidos a enjuiciamiento. La normativa ecuatoriana, manifiesta que las personas jurídicas nacionales, se someten bajo ciertos supuestos y condiciones a diferentes investigaciones en los distintos regímenes jurídicos, como antecedentes que permiten determinar las responsabilidades.

Con lo expuesto en líneas anteriores, se identifica el siguiente problema jurídico que mediante el desarrollo de la presente investigación se pretende despejar: ¿la responsabilidad de una Persona Jurídica (en adelante PJ.) por el delito de corrupción en transacciones comerciales. ¿Afecta- al principio de mínima intervención penal?, para ello, se ha planteado como objetivo general, analizar según el principio de intervención mínima, el derecho penal como es el de

última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. “La intervención del derecho penal en la vida debe reducirse a lo mínimo posible y castigar solo los delitos más graves” (Felipe, 2022).

De igual manera, se considera como objetivo general: Analizar el derecho penal como última ratio de la política social del Estado, bajo el principio de intervención mínima, para los casos de corrupción de la PJ. En segunda instancia, es oportuno determinar si la autorregulación interna, resulta la vía idónea para que la política pública pueda servirse de ella y realizar un mejor control en la actuación de las PJ.; ya que al contar con este control de tipo indirecto que se materializa desde el interior de la empresa, sus miembros están alerta y conocen determinadas normas de conducta no permitidas, produciendo efectos positivos que pueden evitar gestiones que conlleven al delito de corrupción (Buitrago, 2012).

Seguidamente se analiza si el marco normativo existente para prevenir los delitos económicos resulta positivo o causa incidencia en las personas jurídicas, limitando su derecho a la libertad de empresa y con ello cumplir con su función social en el contexto del desarrollo social.

La metodología científica aplicada en el ensayo es cualitativa, la información bibliográfica con fuentes secundarias, se ocupa la jurisprudencia nacional e internacional, incluyendo la legislación comparada de Europa, Estados Unidos, Colombia y Perú. Es menester resaltar que dentro del segundo apartado del presente trabajo de investigación, se abordaron tres temáticas principales que versan en primera instancia sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las PJ., en Segundo lugar, la corrupción en las PJ., y la respuesta normativa ante este fenómeno y finalmente se analiza el principio de mínima intervención penal, todo ello con el fin de establecer un análisis e interpretación de la información obtenida llegando a la generación de conclusiones sobre el problema jurídico planteado.

II. DESARROLLO

1. La persona Jurídica

1.1. Definición de persona jurídica y naturaleza de la persona jurídica

Persona jurídica, es una ficción jurídica, que tiene derechos y obligaciones, es decir, es toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propia, distintas a los miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley, al tiempo que está restringida al objeto social para el que fue creada. En consecuencia, la persona jurídica, puede ser legitimada, es decir, puede comparecer a juicio a través de su Gerente General. El Convenio Europeo, en sus artículos se refiere “a toda persona”, sin especificar si se trata de una persona humana o jurídica, en cambio, en la Convención Americana, la persona se refiere a todo ser humano, por lo que sería el único protegido.

El Art. 4 del Código Penal colombiano señala, una persona jurídica es una asociación de personas con el objeto de realizar actividades productivas, de transporte, comercio, prestación de servicios, construcción de vías, entre otras actividades, por lo que, tiene existencia solamente como estructura jurídica que regula las actividades comunes de los socios, quienes para su mejor organización nombran sus representantes legales. (Sentencia No 002-10-SEP-CC, 2009). Por lo que, los representantes legales cuando la compañía contrata son ellos, quienes responden legalmente, incluso cuando comenten, abusos, fraudes o negligencias, responsabilidad que puede ser personal como persona natural o la empresa como persona jurídica.

1.2. Persona Jurídica y Derecho Penal

En Ecuador el Código Civil (en adelante C.C.) Art. 565 manifiesta que: “la persona jurídica, es una persona ficticia con derechos y obligaciones, que puede ser representada judicial y extrajudicialmente, existiendo, dos tipos que son las corporaciones y las fundaciones”. Las personas jurídicas en adelante (PJ.) en España se definen a través de los Arts. 35 al 39 del Código Civil Español. “Su personalidad comienza desde el momento en que se constituye,

conforme a derecho y se constituyen las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, pudiendo adquirir toda clase de bienes, así como contraer obligaciones y ejercer acciones civiles o criminales”.

Es imprescindible resaltar que pueden poseer o adquirir bienes, incurrir en obligaciones y entablar acciones civiles o penales, pero al no definir domicilio en sus estatutos se considera que está establecida su Representación Legal en el lugar donde ejerce sus principales funciones. En Colombia se define a la persona jurídica, como: “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”. La doctrina señala que una persona jurídica es una entidad creada para cumplir un fin colectivo al que se le atribuyen derechos y obligaciones (Tobeñas, 1984)

En este sentido, se entiende que la sociedad existe como una entidad independiente y cuenta con una organización que la representa en las relaciones comerciales en las que participa en forma activa o pasiva (Paolini, 2018). Así la persona jurídica tiene individualidad y manifiesta su voluntad a través de sus órganos directrices y está ajena a la voluntad de una persona física sino de los socios que la conforman.

Es por este motivo, en el mundo de los negocios, a través de las PJ., se pueden cometer delitos que desembocan en altas probabilidades de impunidad. Según Schünemann, citado por Norberto 2018, se identifican dos modalidades de delito, en primera instancia, la criminalidad de empresa que se refiere a aquellos delitos que son cometidos por su propio interés y en segunda instancia, que refiere a aquellos delitos cometidos por sus representantes, socios o empleados para beneficio propio y/o en contra de la empresa (Norberto & De la mata, 2018).

Para comprender mejor Antón, sostiene que “la responsabilidad de las personas jurídicas se sostiene a riesgo de sus propias decisiones” (Antón, 2022). En Ecuador, el COIP., a partir del año 2014, estableció la responsabilidad de la persona jurídica, en base a una actualización

doctrinaria de la legislación penal, así como jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. Siendo una mutación de legislaciones extranjeras en especial de España, como consecuencia de los hechos políticos, y sociales vividos por el país y casos de corrupción como Odebrecht y Sobornos. Cabe señalar, que en Ecuador no se ha desarrollado investigaciones bibliográficas, ni textos que versen o traten sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo cual, se direcciona para su uso, y conocimiento a la doctrina y a la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales de carácter nacional e internacional.

1.3. Responsabilidad penal de la Persona Jurídica

Conociendo que la PJ., tiene la condición de procesado, posee el derecho a la defensa, en el cual, la persona jurídica actúa jurídicamente a través de un representante legal y que, en el artículo, 320.1, del COIP., describe al director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, apoderado, abogado, o cualquier empleado que ejerza la dirección, entre otros (Asamblea Nacional, 2021).

El Art. 49 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP.), ha determinado un sistema vicarial, por lo que, la PJ, responde por el delito individual cometido en su beneficio, de otra manera la doctrina determina que la PJ, responde por un modelo de autorresponsabilidad, ya que debió haber prevenido o controlado diligentemente que no se cometan delitos, es decir, existe un defecto en su organización.

El Art. 13. 1 del COIP., determina que la responsabilidad debe ser atribuida por una conducta propia de la PJ., y no por hechos de terceros, esto como principio de culpabilidad. En el modelo vicarial, los hechos significativos son la conducta de la persona natural y lo que hizo para beneficiar a la PJ., de otro lado, en el sistema de autorresponsabilidad un indebido control que ha permitido el delito, y es responsabilidad de la conducta delictiva de la persona natural y su beneficio a la PJ. Se describe, la importancia de la imposibilidad de sancionar a las Personas

Jurídicas, partiendo como primera regla dentro de derecho penal en la no responsabilidad basados en un aforismo que manifiesta “*societas delinquere non potest*”, el cual refiere al desempeño de la actuación empresarial en el campo de las negociaciones, las relaciones comerciales y en el sistema social no puede asociarse con los conceptos clásicos de acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y pena (Ruiz, 2007).

Dentro de la fase del delito, el elemento acción va dirigido a conductas humanas penalmente relevantes, comportamientos de acción o de omisión, elementos básicos de la teoría del delito, es así como la denominada incapacidad de acción de la persona jurídica que proviene de su imposibilidad de ejecutar una acción direccionada a una finalidad con consciencia y voluntad, dado que esta voluntad se considera proveniente de un factor psicológico. Se llama acción, a toda actuación dependiente de la voluntad humana. Incluso, la omisión resulta de una actuación que está en capacidad de realizar y decidir voluntaria e individualmente o no hacerlo pese a que el ordenamiento jurídico así lo establezca. En este orden de ideas, la incapacidad de culpabilidad no puede ser dirigida a la persona jurídica (Conde & Foffani, 2010) .

Entonces, se entiende que, si se produce un hecho delictivo en una empresa, este acto es concebido por la conciencia y voluntad de un ser físico o humano, que manifiesta una conducta y un resultado que se subsana en un tipo penalmente relevante, y las consecuencias de compromiso corresponden a las personas físicas. Por esta razón, existiría incapacidad de pena, pues los fines preventivos de coacción, de respeto de la norma y de rehabilitación, no existen.

“Las razones que motivaron el castigo para las sociedades, alejándose del modelo tradicional, fue la demanda de instrumentos jurídicos internacionales que incluyen la introducción de figuras delictivas. Por ejemplo, las transacciones comerciales internacionales, la pornografía infantil, la trata de seres humanos, el blanqueo de capitales, entre otros” (Antich, 2020).

1.3.1. Responsabilidad de la Persona Jurídica en Ecuador: Una mirada desde los actos de corrupción.

En Ecuador, la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (en adelante RPJ.) llega a considerarse en el año 2014, referidas en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP). En febrero de 2021, la Asamblea Nacional del Ecuador, promulgó la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal en materia de Anticorrupción (Ley Anticorrupción , 2021).

En la cual se reformó el artículo 49, desarrollando, en sus numerales 1 al 11, los requisitos mínimos que deben contener los Sistemas de Cumplimiento Penal, para que las empresas, que implementen los mismos, puedan invocar la atenuación establecida en el Art. 45.7.d) del mencionado texto legal.

“...1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo; 2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo; 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 financiera; 5. Canal de denuncias; 6. Código de Ética; 7. Programas de capacitación del personal; 8. Mecanismos de investigación interna; 9. Obligación de informar (Sentencia , 1998) al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos; 10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y, 11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia...” (Asamblea Nacional, 2014).

Según la “World Compliance Association “(WCA.) “Los Sistemas de Cumplimiento Penal son un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales, a fin de establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos” (Castillo, 2022).

Entre los delitos que entrañan la RPJ., acorde a la legislación penal en España se encuentran: “la estafa, la ocupación ilegal, el uso de suelo y el tráfico de tierras, los actos lesivos a la propiedad intelectual y a los derechos de autor, la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, los delitos contra los derechos de los consumidores, contra el derecho al trabajo y contra el medioambiente, el testaferrismo, el blanqueo de capitales y la corrupción. En este sentido el Art. 35 L. Criminal de España; es taxativo” (Antón, 2022); y por su parte el COIP., tipifica otras conductas de las PJ. (Ley Anticorrupción , 2021), es decir, en Ecuador las modalidades se expanden, y existen varios verbos rectores: ”intencionalmente acepe, reciba, o solicite donativos, dadas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas intereses ventajas, sueldos gratificaciones, beneficios inmateriales o económicos indebidos u otro bien de índole inmaterial”.

Conducta que se produce, al faltar al deber de sus funciones, ”omita o cometa un acto con el objeto de favorecerse a sí mismo, o un tercero, en curso de sus actividades económicas, financieras o comerciales”. De acuerdo con el Derecho Penal Económico, aquellas conductas afectan a bienes supraindividuales, la economía, la libre competencia, la integridad social o la hacienda pública (Cervini, 2008).

1.4. Delitos de corrupción de la persona jurídica

La lucha contra la corrupción es una necesidad global, en virtud de la gran cantidad de recursos que se pierden por casos de corrupción y que podrían ser mejor utilizados en sectores estratégicos como salud, educación , desarrollo, por lo cual, frente a este problema las Naciones Unidas, en el año 2000, realiza la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada, a fin de prevenir y combatir la delincuencia y el crimen organizado, y en donde se estableció la normativa internacional conocida también como la Convención de Palermo.

Convención de las Naciones Unidas que el 31 de octubre del 2003, crea la convención contra la corrupción, mediante resolución 58/4, y en su Art. 12, la cual establece la adopción de

medidas que busquen prevenir la corrupción, la normativa y su cumplimiento en el sector privado. En la reforma del Código Penal Español, (en adelante CPE.) del 2015 se introducen cambios que terminan por configurar una estructura de imputación distinta a la anterior a través de un modelo de doble vía, por un lado, la responsabilidad de las Personas Jurídicas se desencadena por la conducta de representantes y personas con capacidad de decisión y control en ejercicio de sus funciones y en la segunda vía atribuye de responsabilidad si en el nivel de dirigentes se producen inobservancias en los niveles de control, por escasa supervisión, que hace posible un beneficio para la empresa.

El acto imputable para la Persona Jurídica, parte del acto humano con la intervención o ausencia de esta. La acción de la persona natural proviene del delito que se cometa por cuenta propia, en el desarrollo de sus actividades o funciones. Siguiendo el criterio de Dannecker (2001, p. 41), las empresas se han convertido en los principales sujetos activos en la comisión de delitos económicos y del medio ambiente, por lo tanto, se debe abandonar las concepciones tradicionales de la pena para personas físicas.

Se ha de considerar, entonces, que la empresa como un ente que está conformado por personas físicas que se rigen por una legislación y por lo tanto la obligación de no lesionar los bienes jurídicos de terceros. Es así como una empresa coadyuva a minimizar los riesgos de cometer delitos eliminando el llamado defecto de organización y el comportamiento criminal dentro de la empresa (Mila, 2020).

Al respecto, por ejemplo: la sentencia 154/2016 del 29 de febrero, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España, al resolver un recurso, “ratifica la condena de tres personas jurídicas y tres personas físicas por delitos contra la salud agravado, dado que, simulando operaciones de comercio navieras, utilizaron buques para movilizar grandes cantidades de cocaína desde Venezuela, pretendiendo la venta de maquinaria de una empresa

española a una empresa venezolana, para su posterior reimportación. Ciertas empresas que participaban en el entramado también hacían actividades lícitas, empresa con más de cien trabajadores y otros solos instrumentales. La sala segunda se reiteró sobre lo dicho en sentencia STS. 514/15 de 2 de septiembre del 2015, distingue a las sociedades mercantiles usadas como pantallas, creadas para cometer actividades ilícitas”, en estos casos, la responsabilidad penal del Art. 31 bis del CPE., no existiría.

De la misma forma, manifiesta que de existir un pronunciamiento condenatorio en contra de una PJ. Habrá de hacerlo bajo lo manifestado en derecho penal en cuanto a las garantías constitucionales, sobre su protección; así es como nos encontramos frente a un régimen de heterorresponsabilidad.

Las referidas sentencias indican que, es necesario conocer previamente la Comisión del Delito por el integrante de la organización y las medidas de control que mantenga la persona jurídica, a fin de evitar las infracciones, es decir, que la contravención se haya perpetrado por ausencia de medidas de control de la PJ., en cada una de las actuaciones de quienes la integran, indicando que, de haber adecuados mecanismos de control, la infracción no existiría.

En esta Sentencia se concluye que para la exoneración de responsabilidad y evitar mayores daños, la PJ., podría ejercitar como carga de prueba, la acreditación de no tener responsabilidad en el hecho, sin embargo, para la acusación se constituye también en un deber de investigación pues él no hacerlo evitaría que prospere su pretensión.

Así se comprende en este caso, están los representantes legales o personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la organización, como parte de la responsabilidad compartida de los actos de corrupción de la PJ., entre ellos: empleados, administrativos, personal de la organización de derecho privado.

1.4.1. Persona jurídica procesada y derechos humanos

Conforme lo determina el Art. 440 del COIP, es contra quien la fiscalía haya formulado cargos, y podrá ejercer todos los derechos que le reconoce la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y el COIP., sin embargo, el sistema Interamericano de Derechos Humanos no reconoce como titulares de derechos a las PJ., pues, La Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH.), en el Art. 1.2, dice: “persona es todo ser humano”, es evidente que ciertos derechos no son aplicables a la persona jurídica como: la integridad personal, la salud, la vida, sin embargo, en el sistema Europeo de Derechos Humanos, Art. 1, se reconoce la titularidad de derechos a la persona jurídica.

La intervención de la PJ., en el proceso penal conforme lo determinan los Arts 564 y 571 del C.C., se realiza a través del representante legal, que es una persona natural, quien representa los actos de la persona jurídica. (Asamblea Nacional, 2015). El problema se suscita cuando, el representante legal también es procesado, lo que podría generar un conflicto de intereses, ya que de los mismos hechos genera responsabilidad para ambos, por lo que, lo recomendable es que un abogado defienda al representante legal y otro abogado para la compañía, Art 570 Código Civil.

1.4.2. Asignación de un Defensor Público para la persona jurídica

La Ley de Defensoría Pública, determina la prohibición de defensa para personas jurídica Art. 13 (Nacional A. Ley Orgánica de la Defensoría Pública, 2021). Pues el Art. 452 del COIP establece, la necesidad de defensor, a un abogado de su elección, sin perjuicio de asignarse a un defensor público. Por otra parte, dentro de las garantías básicas del derecho a la defensa establecida en el Art.76.7.g) CRE., existiría una Antinomia y se debe aplicar el numeral 1, del Art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debiendo

reformarse el Art. 13 de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública (Nacional A. , Constitución de la República del Ecuador, 2008).

1.4.3. Derecho de la víctima de presentar acusación particular, a la persona física y persona jurídica.

Este derecho se otorga por cuanto la responsabilidad penal de la persona Jurídica, es independiente de la persona física o natural, es decir, en el supuesto que no se haya podido identificar a la persona natural, o conforme a lo determinado en el Art. 72 del COIP., la persona natural haya fallecido, se extingue la responsabilidad penal de la persona natural, por cumplimiento de la pena, indulto, recurso de revisión favorable, prescripción y amnistía. Se dicte sobreseimiento en favor de la persona natural Art. 605 COIP. Y no existiendo lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la PJ., cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales y en beneficio de un tercero ajeno a la PJ.

1.4.4. Solicitud de medidas cautelares para la persona jurídica

Prevalece los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada a fundamentar fiscalía, sin embargo, el COIP., en el Art. 550 determina varias medidas cautelares:

- “Clausura provisional de locales o establecimientos.
- Suspensión temporal de actividades de la persona jurídica.
- Intervención por parte del ente público de control competente”.

La clausura y la suspensión de actividades tiene como objetivo, eliminar o disminuir el riesgo de que la PJ., siga delinquirando, y puede ser temporal y revisarse a petición de las partes en audiencia el Juez, conforme determina el COIP. disponga la intervención es la más perjudicial, ya que implica una restructuración o rehabilitación, el juez deberá siempre tomar en consideración a los trabajadores que son el sostén de sus familias y que una medida muy grave puede afectar la pérdida de su trabajo sin que ellos tengan responsabilidad en el presunto hecho

delictivo, finalmente al momento de dictar sentencia en contra de la PJ., la sanción es la disolución o extinción. Art. 550 COIP. La medida cautelar dispuesta por el juzgador tendrá prelación frente a cualquier otro procedimiento administrativo, aún si este último, se inició con anterioridad a la providencia judicial (Coello, 2019).

1.5. Estudio comparado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (EEUU, España, Perú, Colombia).

1.5.1. Modelo de responsabilidad

Estados Unidos y Common Law tiene un caso trascendental respecto a la persona jurídica y heterorresponsabilidad, y es en la sentencia de 23 de febrero de 1909 del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos en el caso de la New York Central & Hutson River Railroad Company, en que fue sancionada la empresa ferroviaria que ofrecían reembolsos a los usuarios que aceptaban dichos reembolsos. Este hecho fue histórico, ya que no se permitía a la compañía, a los directivos y sus empleados ofrecer reembolsos, fue histórico por que a nivel - federal, se determina la responsabilidad penal de la PJ. En España, en este apartado se analiza la fórmula de imputación que se plasma en la Exposición de la Ley Orgánica del 1/2015 de 30 de marzo (Ley Orgánica 2015) que establece un modelo de heterorresponsabilidad.

Como se ha venido mencionando el sistema español tiene como causa de merecimiento de una pena que los hechos cometidos puedan ser imputables a la persona, consecuentemente, la existencia de un defecto de organización es el presupuesto de punibilidad que además no cuentan con programas de prevención sobre las actuaciones de las personas que posean autoridad como administradores, independientemente de que hayan conocido o participado en las actividades delictivas. Además, no excluye ni modifica la responsabilidad individual, en la cual no se pueda dirigir un procesamiento en su contra o incluso si hubieran fallecido o eludido la acción de la justicia.

En otros términos, una persona natural (PN.) ejecutó la acción que corresponde a un injusto penal, ya que de esa relación indirecta puede derivar el nacimiento de la RPPJ., lo que vuelve contradictoria la condición de no requerirse la imputación de la conducta a la PN., para la configuración de la imputación de la persona jurídica. Es por este motivo, que el legislador ha previsto que la determinación de la RPPJ., se configura cuando los delitos son cometidos en su nombre o por cuenta de sus administradores de hecho o derecho en su favor. En Circular 1/2011, Fiscalía General del Estado Español, interpretó la redacción del referido Art. 31 bis del CPE., corresponde a un modelo vicarial, es decir, que la PN., que la representa le transfiere la responsabilidad a la PJ. En la ya referida sentencia 154/2016 la Sala Segunda, interpreta la responsabilidad penal corporativa bajo un modelo de heterorresponsabilidad. Mediante Auto Aclaratorio en STS., de 28 de junio del 2016, manifiestan que tanto la persona física y jurídica responden por su propia responsabilidad, es decir, de la misma forma bajo un modelo de autorresponsabilidad.

Finalmente, mediante auto aclaratorio 2332/2017 de 12 de noviembre del 2018, se ratifica en que la responsabilidad penal es autónoma entre la persona natural y la jurídica, por lo tanto, no requiere de condena de la primera para la segunda. Así se establecen, desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa, tres tipos de PJ.:

- a. Son penalmente imputables las descritas en los apartados del 2 al 5 del art. 31 bis
- b. Conforme la regla 2ª del Art. 66 bis del CPE., se considera penalmente responsable a una PJ., cuando es independiente y no instrumento de la PF., y su actividad ilegal sea superior a su actividad legal; y,
- c. Inimputables serían como se ha dicho, las sociedades de carácter instrumental, es decir, que no posean ninguna actividad legal o esta sea residual que facilite los fines delictivos.

En Colombia, pese a no encontrarse regulada expresamente la responsabilidad penal de los entes corporativos, si ha sido tratada por la Corte Constitucional de Colombia. En la sentencia C- 320 de 1998, se pronunció en el siguiente sentido: “La imputación penal de ciertos delitos a las personas jurídicas no se deduce con fundamento en el puro nexo de autoría jurídica. Es indispensable a este respecto que la violación penal se haya cometido en el interés objetivo de la persona jurídica o que ésta haya reportado beneficio material de este. La persona jurídica está sujeta al cumplimiento de variados patrones de diligencia en el ejercicio de su objeto (culpa in eligendo y culpa in vigilando). Del mismo modo como el legislador civil gradúa las culpas, el legislador penal hace lo propio y consagra tipos penales en los que el ingrediente del delito lo constituye el dolo o la culpa. El reconocimiento de capacidad penal a las personas jurídicas exige que en su caso por fuerza la culpabilidad esté referida a un esquema objetivo que tome en consideración la forma particular cómo se coordinan los medios puestos por la ley a su disposición en relación con el fin por ellas perseguido, de modo que con base en este examen se deduzca su intención o negligencia”. (Sentencia, 1998).

Por lo que la investigación y sanción a las compañías se efectúa en el ámbito administrativo y no en la órbita penal directamente. La Ley 906 de 2004 de Colombia, en el artículo 91, prevé que: “en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de Control de Garantías ordenará a la autoridad competente que previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público”. En Perú se introdujo en la legislación Penal la responsabilidad de las personas jurídicas en el año 2019, en los delitos contra la participación democrática, en la que se determina fuentes de financiamiento prohibidas, que provengan de personas jurídicas nacionales o extranjeras. (Decreto Legislativo Perú No 635, 2019). “Así como el Program Compliance Ley No 30424 y Reglamento D.S.No

002-2019-JUS, que se fundamenta a la prevención, identificación y mitigación de riesgos (delito) empresarial.” (htt1)

1.5.2. Estructura y organigrama de funciones de una empresa privada

Una empresa en general está constituida de un superior jerárquico, empresario individual o administrador, que dirige y coordina a los subordinados, y que, en consecuencia, ostenta una suerte de monopolio del poder de mando y decisión (López, 2013). En toda organización privada mercantil, se analizan tres aspectos:

- La titularidad o propiedad del paquete accionario.
- La representación legal de la organización
- Los funcionarios representantes de las actividades administrativas operativas de la empresa.

La asamblea general o junta de accionistas es el órgano jerárquico más alto de una sociedad privada, quienes están al frente de la dirección de la empresa, son los dueños o representantes de las participaciones o acciones, que por su cuenta dirigen la empresa a su convenir en consenso, eligen a sus directivos administrativos para su desarrollo. El representante legal o gerente es quien asume la responsabilidad civil, administrativa o penal de las acciones de toda la organización. En cambio, el administrador suele asumir la dirección estratégico y del personal (López, 2013).

Como sistema de prevención de delitos de las PJ., sirve para que la persona jurídica demuestre que ha llevado a cabo un debido control, ex ante y le sirva para eximir o atenuar la responsabilidad penal de la PJ., es decir toma las medidas necesarias para prevenir que la PJ., cometiera un delito. En Estados Unidos en general, se considera que las personas jurídicas son creadas por la ley y tienen la capacidad de actuar por sí mismas, lo que les permite, por ejemplo, celebrar contratos, demandar y ser demandadas, poseer activos y realizar actividades

comerciales. La nueva legislación peruana del año 2019 obliga a las personas jurídicas privadas a poseer un sistema de cumplimiento de normativas para prevenir el delito de corrupción entre sus actividades y sus elementos y eximirse de responsabilidades penales. Debiendo este elemento de prevención contar al menos con las siguientes características:

- “Contar con un encargado probo designado por la administración orgánica de la empresa que pueda manejarse como autónomo y que sobre este no exista vinculación contractual directa, sino el ente regulador sea quien lo contrate. También el órgano administrativo puede asumir directamente el papel de encargado de prevención.
- Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos a través de la persona jurídica.
- Implementación de procedimientos de denuncia.
- Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.
- Evaluación y monitoreo continuo “.

La nueva legislación establece la responsabilidad autónoma ante la comisión de un conjunto de delitos cometidos directa o indirectamente, en interés o provecho de la persona jurídica. Este artículo es una primera aproximación al estudio de las figuras delictivas relacionadas con la financiación corrupta de los partidos políticos en el Perú. A tal efecto, el texto se centra en el análisis del tipo penal de financiamiento prohibido de organizaciones políticas (CP, Art. 359-A), Ley N° 30997, de 5 de agosto de 2019, y que castiga, a quien “solicita, acepta, entrega o recibe recursos económicos procedentes de fuentes prohibidas para beneficiar a una organización política. La incriminación de esta conducta no es un caso aislado en el derecho comparado, por lo que el trabajo comienza con una revisión de la política internacional anticorrupción para determinar el estado de la cuestión en la lucha contra el fenómeno de la

corrupción en el funcionamiento económico y financiero de los partidos políticos”. (Sandoval, 2022)

En Ecuador en el año 2021, se reformó el Código Orgánico Integral Penal en materia de anticorrupción, mediante la misma se reformó el Art. 49, desarrollándose del Art. 1 al 11 los requisitos mínimos que deben tener los sistemas de cumplimiento Penal, o compliance officer, a fin de que las empresas puedan invocar atenuantes conforme lo determina Art- 47.7.d. del COIP.

Es decir, la PJ debe justificar mecanismos de autorregulación en las PJ., para prevenir principalmente los delitos de estafa, el uso del suelo, el tráfico de tierras, actos lesivos a la propiedad intelectual y derechos de autor, producción y tráfico de sustancias sujetas a fiscalización, los delitos contra los derechos de los consumidores, contra el derecho al trabajo y medio ambiente, el testaferrismo, el Blanqueo de Capitales y la Corrupción.

2. Mínima Intervención Penal

2.1. Naturaleza del principio de Mínima Intervención Penal.

En lo político el derecho penal se tiende a expender dicho principio introduciendo más conductas delictivas y al ser una limitación del poder punitivo del estado debe limitarse y debe ser de la última ratio para la protección de los bienes jurídicos más importantes. “El derecho penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible” (Carnevali, 2008).

¿Cuándo aplica la mínima intervención? Se debe establecer la intervención del derecho penal, solo cuando no hay posibilidad de actuar por otros medios jurídicos. También conocido como principio de último ratio, el cual limita las sanciones a lo indispensable en los casos en que no exista otro instrumento protector. Con la vigencia de la Constitución del 2008, se pasó de

un Estado legal de derechos, a uno de Justicia Social a partir del año 2014 entra en vigor el COIP, y reformas del año 2021.

Entendida como norma infra constitucional, que establece el poder punitivo del Estado en el desarrollo de garantías nacionales, respetando los derechos fundamentales del procesado y la víctima, que tengan un límite de intervención penal con relación al poder punitivo del estado (Guerrero, 2022). El Derecho Penal, se entiende como el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado y que reconoce el principio de legalidad, fundamentado en la teoría del garantismo elaborada por el jurista Ferrajoli (2018), donde expresa la desconfianza en el poder estatal, o privado (Guzmán, 2022)

2.2. Análisis de la responsabilidad penal en casos de corrupción frente al principio de mínima intervención penal.

El garantismo penal, incluye y refiere los derechos humanos como base del sistema jurídico (Santamaría, 2013). Por lo que limita el ejercicio del poder, al crear leyes, el legislador del sistema penal deberá regirse a la universalidad de los derechos humanos, y al momento de definir delitos como contraparte tiene que ratificar un derecho. Si una persona infringe un tipo penal previamente establecido, deberá restringirle dicho derecho a su favor, tomando en cuenta la proporcionalidad entre el derecho vulnerado y su infractor, siendo que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (Nacional A. , Ley Orgánica de la Defensoría Pública, 2021).

Ferrajoli manifiesta que se el derecho se encuentra legitimado cuando tutela derechos fundamentales (Elbert, 2005). El poder punitivo es aplicativo cuando se violenta los bienes protegidos (Santamaría, 2013). Es decir que la ley protege el derecho reconocido con antelación y solo refiere a la conducta individual del acusado, cumpliendo las etapas del delito: Acción típica antijurídica y culpable.

El COIP., en la exposición de motivos, numeral 6 dice: “todo sistema penal pretende combatir la impunidad a fin de garantizar los derechos de todas las personas sospechosas, si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona, si se flexibilizan, se condenaría a un inocente “. (Asamblea Nacional, 2021).

De esta manera se respeta los derechos humanos declarados en la constitución y en los acuerdos internacionales establecidos en la CRE en el Art. 76. (Nacional A. , Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Además, se declara que el derecho humano establecido no mira la condición ni la nacionalidad del acusado, sino que es universal y se generan por el hecho mismo de nacer, por la cual, justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria (CIADHI, 1978).

El Ecuador ratificó lo establecido el 08 de diciembre de 1977, en el acuerdo de San José en el cual se establece los principios del sistema penal: “legalidad, inocencia, legalidad de las pruebas, un tribunal penal imparcial e independiente, un juicio razonable, la inviolabilidad del derecho a la defensa, un debido proceso que incluyen etapas de juicio e impugnación” (Renato, 2019).

El profesor Luigi Ferrajoli, refiriere respecto al garantismo que e derecho penal esta desatendido en la práctica por el hecho que no se cumple lo mencionado en el texto con la aplicación y efectividad a la hora de tomar decisiones en base a lo establecido en el código penal. (Ferrajoli, 2008)

Esto se debe a que no todo país dispone de modelos neoconstitucionalista enmarcados en los derechos humanos, mientras el modelo garantista optimiza el derecho humano ratificando la inocencia de la persona frente a una presunción de un acto. Y se exime de esta consideración

con la prueba, conllevando además a un justo juicio que determine la culpabilidad o inocencia del individuo. (Montoya, 2019).

Distingüendo bajo este modelo expuesto por Ferrajoli tres tipos de garantías:

- “Las sustanciales que tratan el principio de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad, y culpabilidad
- Las procesales que versan sobre la contradictoriedad, paridad entre acusación y defensa, estricta, separación entre acusación y juzgamiento, presunción de inocencia, carga acusatoria de la prueba, oralidad
- Las orgánicas que refieren a la independencia interna y externa de los jueces, autoridades competentes, reducción de la discrecionalidad y principio del juez natural.”

(Montoya, 2019)

Ferrajoli, en su obra; Derecho Penal Mínimo, utiliza una frase para definir y comprender fácilmente el significado de las garantías como: la ley penal se justifica en tanto que ley del más débil se orienta a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte (Ferrajoli, 2008). Es decir, se refiere a la aplicación de los derechos humanos y la vulnerabilidad del más débil en su legítima defensa y respaldo constitucional. Por lo tanto, ante esta situación el derecho se ejerce frente a la pérdida de las garantías establecidas.

Contrario al sistema garantista es el sistema funcionalista, fundamentado en Claus Roxin quien determina, que la estructura del delito depende de los fines y funciones que cumple el derecho en la sociedad (Montero, 2008). La garantía del derecho penal considera:

1. “El derecho penal debe respetar los derechos humanos de las personas de forma cuidadosa y seria.

2. Las limitaciones a los derechos deben discutirse en juicio y en procedimientos contradictorios, en los que se garantice el derecho a la defensa técnica.
3. Las autoridades judiciales y no judiciales como policía, fiscalía, administración penitenciaria, que intervienen en las distintas instancias penales, deben tener la mínima posibilidad de discrecionalidad, justificar sus acciones y ser responsables de las mismas.
4. Todo acto que restrinja derechos es controlable”. (Tórtora, 2010).

El sistema garantista maximiza los derechos humanos a favor de las víctimas con problemas ante la ley, como un seguro a favor, en cambio el principio de mínima intervención penal se convierte en un principio político criminal, que limita el poder punitivo del Estado, ya que únicamente sanciona aquellas acciones realmente graves que atentan a bienes jurídicos verdaderamente relevantes.

En un estado constitucional conforme al Art. 1 de la Constitución de la República, las garantías para los acusados son: “1. Legalidad, 2. Favorabilidad, 3. Duda a favor del reo, 4. Inocencia, 5. Igualdad, 6. Impugnación procesal, 7. Prohibición de empeorar la situación del procesado, 8. Prohibición de autoincriminación, 9. Prohibición de doble juzgamiento ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos, 10. Intimidad toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar, 11. Oralidad, 12. Concentración, 13. Contradicción, 14. Dirección judicial del proceso, 15. Impulso procesal, 16. Publicidad, 17. Inmediación, 18. Motivación, 19. Imparcialidad, 20. Privacidad y confidencialidad, 21. Objetividad.”

Definido la existencia de otro mecanismo como la conciliación en los casos determinados por la ley, debiendo priorizarse la misma, renunciando a la acción penal por ser perjudicial para el procesado. El principio de la mínima intervención penal si se ve afectado ya que desde el

funcionalismo no se rige a lo establecido en la ley, sino que se fundamenta a lo dictaminado en el devenir diario de la sociedad para la protección de las personas, permitiendo el uso del principio de última ratio, luego de agotar los demás mecanismos extrapenales.

Es interesante analizar el caso de Colombia ya que no se ha insertado en el código penal la responsabilidad penal, sino que se ha dejado a la entidad administrativa regulatoria para vigilar y supervisar la conducta de la persona jurídica y sea el juez de lo penal quien determine la existencia de responsabilidades directas o indirectas en un delito, pudiendo remitir al ente administrativo de control para las sanciones correspondientes de nivel administrativo.

3. Estudio De Caso: Sentencia 154/2016, de 29 de febrero de 2016 del Tribunal Supremo Español

La Sentencia 154/2016, de 29 de febrero, (Tribunal Supremo, 2016), como primera resolución condenatoria hacia personas jurídicas, confirma de tres empresas en delitos contra la salud por el tráfico de 6000 kilos de cocaína camuflados sobre maquinaria pesada comercializada entre España y Venezuela. Legalmente se abordan como parte de la materia jurídica procesal: el fundamento penal como persona privada sobre el delito atribuido en el art. 31.2 del CPE, el derecho de defensa bajo las condiciones impuestas a la misma y la naturaleza del elemento en beneficio directo o indirecto del artículo 31 del CPE (BOE, 2018)

Como presunción inicial cabe señalar que la persona física es administradora de la persona jurídica, y en segundo lugar no existía un programa de control y vigilancia interior que evite el acometimiento del delito, es decir se actúa con premeditación para la realización del hecho que se pretende acometer con conocimiento que es un delito. Para afirmar responsabilidad penal puede establecerse a través el delito individual de la persona física consecuencia de sus antivalores y de la ausencia de medidas internas de control empresarial, entre ellas control

auditable de las finanzas internas, de la auditoria de personal y de los movimientos inapropiados de directivos y personal que manejan recursos físicos y económicos.

Diferencia entre PJ., real y PJ., pantalla, carentes de cualquier actividad lícita y creadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos. "Estas, según la sentencia, han de ser consideradas al margen del régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis Código Penal, sin perjuicio de que en el caso de autos se considere de utilidad mantener las penas de disolución y multa impuestas. En relación con una de las empresas, modifica la pena excluyendo la disolución de esta debido a que cuenta con una plantilla de más de cien personas que no tienen que sufrir los graves perjuicios de dicha medida, pero confirma que la sociedad debe pagar una multa de 775 millones de euros" (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2016)

Cabe sostener que los atores físicos son parte de la empresa y directos administradores y sujetos de responsabilidades como lo tipifica la creación en derecho civil al asumir la dirección de la empresa.

Y eso más allá de la existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias enumeradas en el art. 31 bis 2 y 5, podrían llevar a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, discutible respecto a supresión de culpa, pareciendo incorrecto, siendo para dicho caso exonerar en base a la prueba de control.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, persigue esencialmente no es posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la PJ., con el fin de evitar mayores daños de reputación para la PJ., pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente. Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, no es otro que el de la ausencia de las medidas de

control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad del cumplimiento de las normas, independientemente de aquellos requisitos, te como “compliances” o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica.

El Tribunal Supremo condenó además de las personas físicas responsables del delito, a tres personas jurídicas por delitos contra la salud pública, introducir cocaína a España (en Ecuador Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización), a pena de disolución, prohibición de realizar actividades durante un tiempo determinado, para el caso de una de ellas por no ser española, no podía ser disuelta y multas de 775.833.440 euros a cada una de las empresas, también como hecho relevante el TS, anulo a la pena de disolución a la empresa TRASPINELO S.L. que daba trabajo a más de cien personas. El caso de las tres empresas condenadas:

TRANSPINELO S.L. Es propietaria y exportadora de maquinaria que enviaban a Venezuela, para luego ser reimportadas con droga en su interior, su actividad era diversa y era real, lícita y además considerable, además fue investigada con otras 9 empresas por blanqueo de capitales. INVESTTIMEN TRANS SPAINAFRICA, Domiciliada en Mali, pese a no conocerse exactamente la actividad, fungía la venta de maquinaria para obras públicas. GEORMADRID MACHINERY S.L. Importaba a España las máquinas ya cargadas con droga y su actividad era ser destinataria en España, de las máquinas excavadoras cargadas con droga, sin ninguna actividad lícita.

Las tres compañías eran utilizadas por uno de los acusados, quien las dirigía pero no figuraba formalmente como directivo o administrador, sin embargo tomaba decisiones y aportaba capital, para realizar actividades de importación y exportación de maquinaria en cuyo interior tenía cocaína, es decir cumplían con lo determinado en el Art. 31 del Código Penal Español, es

decir, "quien actuando individualmente, está autorizado a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenta facultades de organización y control".

En cuanto al beneficio directo o indirecto de la comisión del delito de tráfico de drogas el Tribunal Supremo, hace alusión a "cualquier clase de ventaja incluso de simple expectativa o referida a aspectos como la mejora de posición respecto de otros competidores"

3.1. Disolución de la persona Jurídica declarada culpable del delito

Se menciona las infracciones cometidas en la ley en el art, 849, en el cual se describen los delitos de condena de una persona jurídica, en este caso que se dedica a actividades ilícitas cuyo administrador intentó importar a España maquinaria en cuyo interior contenía droga. (...) (Tribunal Supremo, 2016).

De acuerdo con el artículo 66 del CP., sobre la determinación de penas a personas jurídicas, existen sanciones sobre los derechos que las cobijaban, pudiendo aplicarse de manera general y atendiendo a sus operaciones ilícitas se prevendrá el manejo de los recursos económicos y del cese de actividades sociales, protegiendo siempre al trabajador. Generando la determinación de sanciones de este recurso legal, dispuesto por segunda sentencia con cabida punitiva estimadas por el órgano competente penal (Tribunal Supremo, 2016).

Con lo mencionado se está tratando de una persona jurídica estrictamente instrumental o "pantalla", carente por tanto de cualquier actividad lícita y creada exclusivamente para el acometimiento de hechos delictivos. De acuerdo con la responsabilidad organizativa las empresas se encuentran en tres categorías jurídicas:

1. Empresas que presentan una operatividad normal en el mercado y que siendo como tal no presentan sospecha alguna, siendo identificadas en los apartados 2 a 5 del art. 31 bis.

2. Las empresas que se dedican a actividades ilegales, identificadas por movimientos bancarios, comerciales, operativa de dudosa actividad y que se encuentran en seguimiento por entidades de control.

Estas sociedades son utilizadas para blanqueo de capitales y financiamiento de actos de terrorismo, en una sociedad legal que en sus cuentas aparecen recursos simulados de actividades que no representan altas rentabilidades o simulan a través de actividades operativas escuetas que generan altos ingresos, mezclando fondos lícitos e ilícitos.

En la regla 2ª del art. 66 bis, cuando la empresa justifique mayores valores de actividades lícitas, las otras actividades ilícitas o con hechos fraudulentos permiten la indagación o el análisis más minucioso de los hechos, para los actos probatorios.

Usualmente este tipo de empresas son creadas como para camuflar una plusvalía simulada debida a la compra y venta de un mismo activo que se sobrevalora y luego se remata a la misma empresa o accionistas, ya que la ley si permite la compra de los activos por parte de cualquier persona, se presta a que sean los miembros físicos u otras personas jurídicas de quienes son partícipes uno o más accionistas de la empresa en investigación quien adquiere o compra el activo revalorado.

Otro caso es la utilización del incremento de activos valorados para la creación de títulos valores negociables cuyo base de un activo está sobrevalorado y sobre el cual se pretende obtener beneficios. Sobre lo cual la ley emite su sentido de abuso de las herramientas bursátiles.

3.2. Concepto de delito en consideración de la sociedad

En cuanto a este aspecto del art. 31 bis CP, el tribunal supremo manifiesta que se recae sobre la figura de empresas pantallas para el acometimiento del delito usado como instrumento de su accionar delictivo, suficiente hecho para la responsabilidad penal, (Tribunal Supremo, 2016).

”Se nos dice que está ausente, en esta ocasión uno de los elementos o requisitos que configuran la base para la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica que no es otro que el delito cometido por la persona física, aquí la infracción contra la salud pública reporte alguna clase de provecho (el art. 31 bis en su redacción actual se refiere en este punto a beneficio directo o indirecto) para la entidad.

Se trata de un extremo que, sin duda, habrá de resolverse de forma casuística en el futuro y que, junto con otros que incorpora el precepto, será, con toda seguridad objeto de importantes debates. Por ello convendría dejar claro que ese término de provecho (o “beneficio”) hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc”. (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2016)

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.

De modo que las ganancias cuantiosas que obtienen los autores del ilícito contra la salud pública no es que favorezcan la subsistencia de la entidad, sino que justificarían su propia existencia si, como se dice, se trata de una mera empresa pantalla constituida con el designio de servir de instrumento para la comisión del delito como su única finalidad.

Además, se estaba generando un delito de transportación de sustancias ilícitas, debido a que se ocultaba la mercadería en medio de las maquinas, que iban y regresaban, redundando la importación, lo cual ocasionaba sospechas y sobre las cuales se trabajó la investigación. Esto generaba doble tramitación en la empresa porque nuevamente se reintegraban al patrimonio de esta, ocasionando incluso un delito tributario el cual no se ha señalado en el proceso. Reiterando en el contenido de la Circular 1/2016 (pág. 17):

La conducta de la persona física que estaba al frente de la empresa en la imputación, respondía ante la persona jurídica, suscitando la duda del provecho generador y sobre el cual se imputa un hecho subjetivo u objetivo. La circular 1/2011, opto por referir a los hechos objetivos, sin pretender ni indagar el beneficio personal el cual no se determina si llego a producirse.

La expresión beneficio directo o indirecto, analiza la actuación de la persona física, ya que si actuase incluso para su propio interés o tercero está cayendo en el delito de omisión y complicidad, por la asociación y uso de la persona jurídica para acometer el delito en sí.

Una interpretación diferente llevaría a generar el sustento necesario para la aplicación de la responsabilidad penal, con relación a muchos delitos, en la que a menudo está implícita actividades ilícitas para obtener beneficios de una actividad ordinaria aparentada como legal.

Los tribunales para deliberar y decidir buscaran dicha relación directa o indirecta, huyendo de las posiciones rechazables, emitiendo el provecho de la persona jurídica sobre el interés de la física, en la que se puede interpretar el beneficio de la empresa para ahorrar valores económicos en la exportación e importación de la maquinaria objeto de análisis.

3.3. La exención de responsabilidad penal y su prueba: ¿procede configurar un modelo probatorio excepcional y privilegiado para las personas jurídicas?

La reforma de la LO 1/2015, introduce en los párrafos segundo y cuarto del art 31 bis, exime de responsabilidad cuando la empresa cuente con instrumentos eficaces y eficientes para prevenir el delito a su interior. En la cual se excluye la culpabilidad por la elución de las medidas preventivas y correctivas generadas por la aplicación del control interno. Sin embargo, toda excusa u omisión fraudulenta del acto ya recae en delito, por lo cual dichas circunstancias se suman o acreditan al hecho delictivo.

Quien realiza el alegatorio debe sostener y aportar suficientes bases racionales de la apreciación de los hechos, y en el caso de no constatar la concurrencia, no lo amerita la exención sino la afirmación de esta (STS 1068/2012, de 13/11).

En Ecuador hasta la presente fecha no ha existido una sentencia, en contra de una PJ., por corrupción a otra PJ., pero si existen 14 investigaciones en fiscalía

“En el análisis de la modalidad básica del delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas (CP, art. 359-A), que fue creado en virtud de la Ley N° 30997, de 5 de agosto de 2019, y que castiga, en resumen, a quien solicita, acepta, entrega o recibe recursos económicos procedentes de fuentes prohibidas para beneficiar a una organización política” (Sandoval, 2022)

3.4. Programas de cumplimiento Corporativo

Compliance proviene, del derecho anglosajón y significa cumplimiento, obediencia, respeto. En lo jurídico se identifica con el cumplimiento normativo y desde la estructura empresarial induce a la organización de las empresas para el desarrollo de la actividad empresarial conforme a derecho. El término “compliance” está relacionado al sistema “Soft Law”, de buenas prácticas para el cumplimiento de obligaciones empresariales, cuyo significado explícito es cumplir. Dicho término se utilizó para el escenario de la compliance de la actividad empresarial en el caso de sobornos de empresas y los escándalos financieros en los casos de corrupción. Entre los organismos internacionales anticorrupción existen la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE.), compuesto por 38 estados desde 1969 (Nacional A., Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2015).

También la “UK Bribery Act”, que está pendiente de los delitos de directivos y funcionarios privados a organismos extranjeros de control y supervisión. Un Oficial de Cumplimiento es en una persona jurídica, un empleado designado para asegurar que la empresa cumpla con las

leyes y regulaciones aplicables en su sector, así como con sus propias políticas y normas internas. El Oficial de Cumplimiento es responsable de supervisar y monitorear las actividades de la empresa para detectar y prevenir posibles violaciones legales o éticas. Colabora con los gerentes de la empresa para desarrollar y mantener políticas y procedimientos que aseguren el cumplimiento de las leyes y normas aplicables para asegurar que los empleados estén al tanto de estas políticas y procedimientos. Entre las responsabilidades específicas están:

1. "Establecer y mantener el cumplimiento de las políticas y normativas legales internas.
2. Proporcionar capacitación y educación sobre el cumplimiento a los empleados.
3. Monitorear las actividades de la empresa para detectar y prevenir posibles violaciones.
4. Investigar denuncias de posibles violaciones.
5. Implementar medidas correctivas en caso de violaciones.
6. Mantener registros y reportes de cumplimiento".

En general, es asegurar que la empresa se mantenga dentro de los límites legales y éticos en todas sus actividades comerciales y operaciones. El Código Penal Español se refiere a los programas de compliance con la denominación de modelos de organización y gestión de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos según lo establece el art. 31 bis 2, 1º, y 5 del Código Penal.

3.5. Criminal Compliance: Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para ser causa salvadora de responsabilidades, el código penal español manifiesta que la empresa debe contener un sistema de control interno que prevengan el delito o la manipulación de actos por parte de sus miembros y colaboradores. Reduciendo el riesgo de involucramiento en actividades ilícitas. De acuerdo con el Art. 31 bis 2. 1ª CP, siendo autónomo de la directiva y sujeto a control del ente público que pueda vigilar las actividades de la empresa. El proceso

exime se aplica siempre y cuando no se haya omitido las debidas medidas de prevención interno de la empresa privada. Según el art. 31 bis 2. 4ª, además, que los involucrados no hayan subestimado el modelo organizacional de acuerdo lo cita el art. 31 bis 2, 3ª CP.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere a la capacidad de una empresa u organización de ser procesada y sancionada penalmente por delitos cometidos por sus directivos, empleados u otros representantes en nombre de la empresa u organización. (Mila, 2020). El compliance, como medidas de prevención y control interno que las empresas implementan para asegurar que se respete y cumpla las normas de trabajo y desarrollo de las actividades al interior. El objetivo principal del compliance es evitar la comisión de delitos y violaciones a las leyes y regulaciones. En muchos países, incluyendo Ecuador, se ha establecido esta herramienta jurídica como un elemento para contrarrestar la corrupción y otros delitos en el ámbito empresarial. El compliance juega un papel fundamental en la prevención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que implica implementar medidas preventivas y de control interno para evitar la comisión de delitos y violaciones a las leyes y regulaciones. Al implementar políticas y procedimientos de compliance, las empresas pueden reducir el riesgo de cometer delitos y, en caso de que se cometan, demostrar que se tomaron medidas preventivas y de control interno para evitarlos. En Ecuador en las reformas al COIP., del año 2021, se establece para las PJ., en el numeral 7 del artículo 45 del presente Código. Se establece políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, entre 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 riesgo; 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 financiera; 5. Canal de denuncias; 6. Código de Ética; 7. Programas de capacitación del

personal; 8. Mecanismos de investigación interna; 9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos; 10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y, 11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia”. (Asamblea Nacional, 2021)

Si bien el país requiere inversión extranjera, se requiere de políticas claras de ética y transparencia, necesarias para garantizar las inversiones, con la implementación de Programas de Cumplimiento Penal. Los sistemas de cumplimiento, se ha dicho que son un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptadas por las PJ, para identificar y clasificar los riesgos operativos, legales y establecen mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción.

El Sistema de Cumplimiento ha dejado de ser voluntario, a ser obligatorio para proteger a la PJ., ante situaciones de riesgo, que repercuten en serios problemas a la estabilidad, reputación y continuidad, una PJ., al realizar un control interno mediante sistemas de Cumplimiento Penal mejora la imagen, la reputación, acumula mayor confianza ante sus proveedores, empleados, inversionistas, socios comerciales y clientes. Siendo un mecanismo idóneo de lucha contra la corrupción y prevención de Inversionistas en empresas, que pretendan usar a las PJ., como fachada de actividades ilícitas.

III. CONCLUSIONES

- La aplicación del principio de mínima intervención permite la expansión jurídica para sancionar sobre el derecho privado los actos u omisiones propias o de sus integrantes ante un acto de corrupción.
- Se determinan la responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre las personas físicas en el caso de hallazgos de corrupción en el sector jurídico de derecho privado en condición de complicidad o independencia de un delito de corrupción.

El Art. 321 del COIP., encaminado a implementar un Sistema de Cumplimiento Penal, en los partidos o Movimientos Políticos, incluye determinar el origen del dinero para el financiamiento de las campañas electorales, ya que el control de gastos del Consejo Nacional Electoral es insuficiente y en Ecuador es notorio y evidente la sobre saturación de propaganda electoral, los recursos económicos no son objeto de sanción y se presumiría tener un origen de actividades ilícitas, situación por las que los candidatos electos podrían tener compromisos con organizaciones delictivas.

- Cabe señalar que las personas jurídicas están exentas de responder frente al delito u omisión de este; ya que no son entes físicos a los cuales se puede palpar oír y exponer, por ello este modus operando de empresas jurídicas de pantalla deja una inconsistencia legal para ejercer dicho dictamen para personas jurídicas, en su efecto consecuente se ejecuta a los representantes o quienes dirigen las empresas privadas. Y en el caso de las instituciones de idéntica manera la investigación fiscal es a los representantes directivos y demás empleados involucrados en el delito de corrupción.
- La prevención al interior de las empresas con el reconocimiento y adiestramiento del personal como medida previa para evitar los delitos, son medidas atenuantes que mitigan o reservan a alguna persona para evitar el delito a la corrupción, pero en otros casos la audacia de las personas y los antivalores, unido al conocimiento del vacío legal de acusación y no sentencia a las empresas privadas, hace que se usen dichas incongruencias para acometer el delito con conocimiento de causa, a sabiendas que la justicia ecuatoriana se encuentra politizada y se rompe continuamente el estado de derecho.
- No existe hasta la presente fecha en Ecuador caso alguno sobre sentencia para persona jurídica privada, aunque existe 14 casos en investigación que los operadores de justicia

en especial Fiscalía no han podido llevar a juicio a quienes utilizan las figuras empresariales para el acometimiento de delitos de corrupción.

- Los sistemas de cumplimiento penal implican tanto a la normativa Internacional, como Nacional, así como las que surgen de la propia PJ, Código de conducta, políticas de cumplimiento, políticas de calidad, políticas de responsabilidad social, con lo que las PJ son más confiables en la aplicación de buenas prácticas.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Asamblea Nacional. (2015). *Código Civil*. Quito: Asamblea Nacional.
- Antich, J. (2020). *Compliance program Penal*. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Antón, C. (2022). Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología. Rioja.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.
- Asamblea Nacional. (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional.
- Avila, R. (2014). *Teoría del bien jurídico*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Banco Mundial. (1997). *I. World Development Report: The State in the Changing World*. Oxford.
- BOE. (2018). *Código Penal Español*. Madrid.
- Buitrago, J. (2012). *la autorregulación*. postgrado Uniandes.
- Carnevali, R. (2008). *Derecho Penal como ultima ratio*. Scielo.
- Castillo, P. (2022). *La Responsabilidad Penal de la persona Jurídica*. Apolo.
- Cervini, R. (2008). *Derecho Penal económico*. Universidad de la Rioja.
- CIADHI. (1978). *CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS*.
- Coello, C. (2019). *Las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Conde, F., y Foffani, L. (2010). *Las entidades bancarias como autores o víctimas de delitos financieros.: Una perspectiva comparada*. Retrieved 28 de 8 de 2023, from <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/14695>

- Decreto Legislativo Perú No 635. (2019). *Ley No 30997*. Lima.
- Elbert, C. (2005). *Manual Básico de Criminología*. Bogotá: Temis S.a.
- Felipe, G. (2022). *Análisis del principio de mínima intervención penal frente a la vulneración de presunción de inocencia en la legislación ecuatoriana*. postgrado universidad de cuenca.
- Ferrajoli, L. (2008). *Derecho Penal mínimo y otros ensayos*. México: CEDH.
- Guerrero, L. (2022). *Análisis del principio de mínima intervención penal frente a la vulneración de la presunción de Inocencia en la legislación ecuatoriana*. Universidad de la Rioja.
- Guzmán, N. (2022). *Ponencia del garantismo de Ferrajoli*. Andes.
- Humanos, M. J. (2013). *Anteproyecto de Código de Garantías Penales*. Quito.
- Ley Anticorrupción. (2021). Quito: Asamblea Nacional.
- López, M. (2013). *Una empresa en general está constituida de un superior jerárquico, empresario individual o administrador, que dirige y coordina a los subordinados, y que, en consecuencia, ostenta una suerte de monopolio del poder de mando y decisión*. Universidad de Murcia.
- Miguel Fortuna Cendra. (2021). *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*. Navarra: Aranzadi.
- Mila, F. (2020). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho ecuatoriano*. Scielo.
- Montero, E. (2008). *El funcionalismo Penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs*.
- Montoya, L. (2019). *la mínima intervención penal en el COIP*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Nacional, A. (2000). *Ley Orgánica de Control de Gasto Electoral*. Quito: Asamblea Nacional.
- Nacional, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional.
- Nacional, A. (2015). *CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION*.

- Nacional, A. (2015). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*.
- Nacional, A. (2021). *Ley Orgánica de la Defensoría Pública*. Quito: Asamblea Nacional.
- Norberto de la Mata Barranco, J. D.-A. (2018). *Derecho Penal Económico y de las Empresa*. Madrid: DYKINSON.
- Norberto, J., y De la mata, b. (2018). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Navarra, Madrid: Dykinson.
- Oltra, C. M. (2023). *PERSONAS JURIDICAS , delitos , garantías y compliance*. Barcelona: BOSCH EDITOR.
- Paolini, N. (2018). *Diferentes tipos de organizaciones*. Edulp.
- Penal, T. S. (07 de 02 de 2019). *Responsabilidad Penal*.
<https://personasjuridicas.es/jurisprudencia/sts-742-2018-de-7-de-febrero-de-2019/>
- Renato, L. (2019). *La mínima intervención penal en el COIP en la imposición de la pena*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ruiz, M. A. (2007). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia adelante ... ¿un paso hacia atrás? *Revista Jurídica de Castilla y León*(12), 121-152. Retrieved 28 de 8 de 2023, from
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2280281>
- Santamaría, R. (2013). *La Justicia Penal en la Democracia Constitucional de Derechos*. Quito: Ediciones Legales.
- SCHÜNEMANN, B. (1988). “*Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal*.”
- Sentencia , C-320 (Corte Constitucional Colombia 1998).
- Sentencia, C-320,1998 (Corte constitucional Colombia 1998).
- Sentencia No 002-10-SEP-CC, 0296-09-EP (Corte Constitucional 2009).
- Soto, R. (2003). *La corrupción desde una perspectiva económica*. Flacso Andes.
- Tobeñas, J. (1984). *Derecho Civil*. Zaragoza.
- Tórtora, H. (2010). *Las limitaciones a los derechos fundamentales*. Scielo Chile.
- Tribunal Supremo, s. s. (29 de 02 de 2016). VLEX. <https://vlex.es/vid/599579023>

Zamora, K., y Zovatto, D. (2020). *Financiamiento político en centro américa*. San José OEA.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

STS 154/2016, de 29 de febrero 2016 (ROJ): STS 613/2016

STS 980/2016, de 11 de enero del 2017 (ROJ): STS 16/17

STS 572/2018, de 7 de febrero 2018 (ROJ): STS 279/2019

STS 91/2019, de 19 de febrero (ROJ): STS 565/2019