

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La determinación de la responsabilidad penal de la persona  
jurídica en la legislación ecuatoriana**

**Santiago Chiriboga Villota**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

**© DERECHOS DE AUTOR**

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Santiago Chiriboga Villota

Código: 00118124

Cédula de identidad: 1717481335

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**La determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través del defecto de organización en el Ecuador<sup>1</sup>**

**The determination of the criminal responsibility of the legal person through the defect of organization in Ecuador**

Santiago Chiriboga Villota<sup>2</sup>  
chiriboga.santiago@gmail.com

**RESUMEN**

Tomando en cuenta que el Código Orgánico Integral Penal, ha sido reformado tres veces, debido a las fallas técnicas que presenta la ley en su aplicación y la responsabilidad penal de la persona jurídica no está exenta de dichas fallas. Tanto así que, hasta la fecha no existen sentencias trascendentales y jurisprudenciales por parte de la Corte Nacional y Constitucional. Además, son pocos los autores ecuatorianos que han desarrollado trabajos o investigaciones significativos sobre el tema. El objetivo de esta investigación es analizar la viabilidad y aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y exponer sus principales problemas de acuerdo con la legislación ecuatoriana. Este trabajo también busca destacar la relevancia de un sistema de cumplimiento aplicado a la persona jurídica.

**PALABRAS CLAVE**

COIP, Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, Heteroresponsabilidad, Autorresponsabilidad, Autorregulación.

**ABSTRACT**

Considering that the Ecuadorian Criminal Code has been amended three times, due to the technical flaws that the law presents in its application and the criminal responsibility of the legal person is not exempt from said flaws. So much so that, to date, there are no transcendental and jurisprudential judgments by the National and Constitutional Court. In addition, there are few Ecuadorian authors who have developed significant work or research on the subject. The purpose of this research is to analyze the viability and application of criminal liability of the legal person and expose their main problems in accordance with Ecuadorian legislation. This work also seeks to highlight the relevance of a compliance system applied to the legal person.

**KEYWORDS**

COIP, Criminal Liability of the Legal Person, Heteroresponsibility, Self-responsibility, Self-regulation

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de Publicación: 18 de diciembre de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Ernesto Alban

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR. Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

**SUMARIO**

1. Introducción. – 2. Estado del arte. – 3. Antecedentes históricos. – 4. Teorías modernas. – 5. Los modelos de atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica. – 5.1 Heterorresponsabilidad. – 5.2 Autorresponsabilidad. – 5.3 Un modelo de heteroresponsabilidad o autorresponsabilidad de acuerdo con la legislación ecuatoriana. 6. La autorregulación– 6.1 Mecanismos de autorregulación. – 6.2 La autorregulación de acuerdo del COIP. – 6.3 Otros mecanismos de autorregulación establecidos en la legislación ecuatoriana y su relación con el COIP. - 6.3.1 Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. - 6.3.2 Resolución No. SCVS-INC.DNCDN-2020-0013.- 7. Recomendaciones. - 8. Conclusiones

## 1. Introducción

Durante las últimas décadas, las empresas han alcanzado un papel fundamental en la vida moderna. El fenómeno de la globalización, acompañado del avance de las nuevas tecnologías de la información y conocimiento, ha permitido que la sociedad sea testigo del desarrollo y crecimiento exponencial de las corporaciones.<sup>3</sup>

Estas circunstancias han obligado a las empresas a ser impulsores de innovación, a implantar procesos de autorregulación y autoorganización; al igual que procesos de mejora continua de sus actividades y resultados. Esto implica una mayor “cantidad de recursos humanos, materiales tecnológicos financieros, entre otros.”<sup>4</sup> Tanto así que, actualmente en el Ecuador existen un total de 882,766 empresas constituidas de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.<sup>5</sup>

En los últimos años, de la mano con la creación y crecimiento del sector empresarial, se han desarrollado nuevas formas de criminalidad relacionadas con el sistema económico y el sector empresarial.<sup>6</sup> A manera de ejemplo, en el Ecuador, según el Sistema de Rentas Internas, “entre el 2010 y el 2019 el total de compras a empresas fantasma asciende a 2.724.603.480,00 dólares americanos.”<sup>7</sup> Dentro de este contexto, está el Caso Sobornos, uno de los más relevantes para el país en los últimos meses. De acuerdo con la Fiscalía, nueve empresas aceptaron pagar sobornos a cambio de contratos con el Estado a través del cruce de facturas, pagando un total de seis millones quinientos cuarenta y nueve mil seiscientos sesenta y cuatro dólares americanos.<sup>8</sup> Lo mismo es posible observar en el caso Odebrecht, en donde la empresa pagó alrededor de cincuenta millones de dólares, en sobornos, solamente en Ecuador.<sup>9</sup>

Estas nuevas modalidades han obligado a los estados, sobre todo a los de la región, a plantear la posibilidad de que una persona jurídica sea responsable ante el derecho penal. Sin embargo, esta situación ha puesto en duda la adaptabilidad, capacidad y rapidez de respuesta de los legisladores. Tomando en cuenta que, este planteamiento conlleva a adaptar la teoría clásica del delito a nuevas realidades, incorporando a la persona jurídica

---

<sup>3</sup> Ver, Camilo Clavijo Jave. “Criminal Compliance en el derecho penal peruano”. Revista la de facultad de derecho PUCP (2014) 520

<sup>4</sup> Ver, Jose Frias. “Hacia un nuevo paradigma para Organización y empresas”. Economía y Sociedad. Año VI, No. 10 (2001) 132 - 145

<sup>5</sup> Instituto Nacional de Estadísticas y Censos: Directorio de empresas 2019.

<sup>6</sup> Ver, Jorge Abello, “La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio”, Panorama vol. 3 (2013).

<sup>7</sup> Eva Acosta. “Ecuador registra 900 mil empresas: ¿cómo identificarlas ilícitas?”. Metro Ecuador (2020)

<sup>8</sup> María Sol Borja. “Empresas involucradas en el Caso Sobornos”. GK (2020)

<sup>9</sup> Gonzalo Ortiz. “Odebrecht pagó sobornos por cerca de US\$ 50 millones en Ecuador” Plan V (2019)

como sujeto de derecho, con capacidad de acción y voluntad con componentes psíquicos y ontológicos. Ubicando una ficción al mismo nivel que la persona física. Es así como, durante la última década, la responsabilidad penal de la persona jurídica se ha convertido en uno de los temas más discutidos e importantes para el derecho penal.<sup>10</sup>

No obstante, hoy en día existe una aceptación internacional, respecto al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídica; el cual se puede observar a través de las convenciones internacionales y su inclusión, en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países de la región, y el Ecuador no ha sido la excepción.

En 2014 el Ecuador abandona el principio *societas delinquere non potest*, he incorpora el concepto de responsabilidad penal de la persona jurídica, en los artículos 49, 50 y 71 del Código Orgánico Integral Penal. Con esto, el Estado buscaba cumplir sus principales obligaciones internacionales establecidas por el Grupo de Acción Financiera, Convención Interamericana Contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE.

Sin embargo, desde su publicación, el COIP, ha sido reformado tres veces, debido a las fallas técnicas que presenta la ley en su aplicación y la responsabilidad penal de la persona jurídica no está exenta de dichas fallas. Tanto así que, hasta la fecha no existen sentencias transcendentales y jurisprudenciales por parte de Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional.<sup>11</sup> Además, son pocos los autores ecuatorianos que han desarrollado trabajos o investigaciones significativos sobre el tema.

A la vista de estas circunstancias, el objetivo de esta investigación es analizar la viabilidad y aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica y exponer sus principales problemas de acuerdo con la legislación ecuatoriana. Este trabajo también busca destacar la relevancia de un sistema de cumplimiento aplicado a la persona jurídica.

## 2. Estado del Arte

Savigny, considera al ser humano como sujeto de derechos, más no a la persona jurídica. Dado que las empresas son una ficción incapaz de actuar y de transmitir voluntad, sin la representación de la persona física.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Ver, José Roberto Pazmiño Ruiz, Juan Francisco Pozo Torres. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador". Revista Derecho Penal y Criminología Vol. 40, N. 109 (2019). 89 - 122

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> Pérez, *Sistema atribución de responsabilidad penal personas jurídicas*, 54

Gieke, menciona que hoy en día las personas jurídicas deben ser consideradas sujetos de derechos. Dado que varias personas se unen para formar una voluntad colectiva, independientemente de la voluntad individual de cada una de las personas que la conforma.<sup>13</sup>

Para Roxin, la discusión ya sobrepasó la discusión de, si la persona jurídica es un sujeto de derechos o no. Dado que hoy en día, no se centra en la capacidad de acción, sino en la capacidad de responsabilidad de esta.<sup>14</sup>

María Silvia Rodríguez, establece que la heteroresponsabilidad es aquella que transfiere la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica. Haciéndola imputable y responsable ante el derecho penal.

Al contrario, Carlos Gómez Jara determina que la autorresponsabilidad, implica la imputación individual de la persona jurídica a través del defecto de organización. Es decir que, se desvincula la relación entre la persona jurídica y la persona individual, cambiando un elemento estructural del sistema penal.<sup>15</sup>

Nieto, menciona que el defecto de organización es cuando la empresa no ha cumplido eficazmente sus obligaciones de autorregulación impuestas por el ordenamiento jurídico.<sup>16</sup> En ese mismo sentido, Gómez Jara menciona que la capacidad de acción de la empresa se ve sustituida por la calidad de organización.<sup>17</sup>

Mauricio Enrique Pacheco, profesor adjunto de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, menciona que, el Ecuador reconoce el modelo de heteroresponsabilidad, con tintes de la autorresponsabilidad para la imputación de la persona jurídica. Agrega que, el implementar un modelo de autorregulación dentro de una empresa es una pérdida de tiempo, dado que igual será penalmente responsable.<sup>18</sup>

Juan Francisco Torres, determina que existe una autorregulación implícita en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El cual obliga a las empresas a implementar programas de cumplimiento, sino serán responsables ante el derecho penal.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> Pérez, *Sistema atribución de responsabilidad penal personas jurídicas*, 54

<sup>14</sup> Silvana Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Barcelona: Editorial Bosch, Casa Editorial, SA, 1998).54

<sup>15</sup> Carlos Gómez Jara Diez, *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008)

<sup>16</sup> Adán Nieto Martín. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa” *Política Criminal* N° 5 (2008), 14

<sup>17</sup> Carlos Gomez-Jara Días. “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel” *Política Criminal* Vol. 5, N° 10 (2010)

<sup>18</sup> Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019)

<sup>19</sup> *Id.*

### 3. Antecedentes Históricos

Antes de discutir el problema principal de la investigación, es necesario mencionar los antecedentes históricos, fundamentación y evolución doctrinal de la persona jurídica, empezando por el Derecho Romano. Si bien los romanos no conciben la figura de la persona jurídica<sup>20</sup>, o la responsabilidad penal esta, sí se limitan a distinguir entre los derechos y obligaciones del sujeto individual (*singuli*) y los derechos y obligaciones de una agrupación de personas (*universitas*).<sup>21</sup> Diferenciando la responsabilidad individual y la responsabilidad del colectivo, sin que la separación o adición de un sujeto afecte a la comunidad.<sup>22</sup>

A partir de estas formulaciones, al principio de la Edad Media, los glosadores plantean la posibilidad de imputar penalmente a las agrupaciones de personas y su capacidad delictiva, dado el impacto generado de éstas en el poder político, económico y social.<sup>23</sup> Concluyendo que la corporación era penalmente responsable, cuando la totalidad de sus miembros realizaba una acción punible en nombre y beneficio de la misma, dando lugar a un delito independiente de la persona física.

Por el otro lado, el Derecho Canónico, parte del precepto romano de *universitas* para desarrollar una teoría de la persona jurídica.<sup>24</sup> Para los canonistas, solo la persona física es sujeto de derechos y obligaciones ante el derecho, de modo que, sólo ésta tiene capacidad activa y pasiva dentro de la una conducta criminal, más no la persona jurídica.<sup>25</sup> Esto se debe, a que, de acuerdo con esta teoría, la corporación es una creación del derecho que solo posee capacidad a través de la ficción jurídica y su representante, por ende, no tiene capacidad de acción o capacidad delictiva.<sup>26</sup> Este precepto da vida al principio,

---

<sup>20</sup> A pesar de que el concepto de persona jurídica que tenemos hoy en día parte del Derecho Romano, en el mismo todavía no exista esta concepción. Ver, Silvina Bacigalupo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (Barcelona 1998, Editorial Bosch, Casa Editorial, SA)

<sup>21</sup> Ver, Silvina Bacigalupo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*; Pérez Arias, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas* (Madrid: 2014, Dykinson); Ver, Oscar Gustavo Mena Villegas. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (San Jose: Editorial Jurídica Continental, 2020).

<sup>22</sup> Ver, Oscar Mena, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. El Municipio como uno de los colectivos más relevantes era responsable por los hechos realizados por sus administradores, especialmente por el enriquecimiento ilícito de sus administradores.

<sup>23</sup> Ver, Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*; Ver, Gustavo Aboso, Sandro Abrales, *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal* (Buenos Aires: 2000, Editorial B de f)

<sup>24</sup> Ver, Oscar Mena, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

<sup>25</sup> Ver, Jacinto Pérez, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*.

<sup>26</sup> Silvana Bacigalupo, *Responsabilidad penal personas jurídica*, 47-48

*societas delinquere non potest*, que indica que las sociedades no pueden delinquir.<sup>27</sup> Pilar fundamental para el desarrollo de una de las teorías dominantes hasta el siglo XIX.

#### 4. Teorías modernas

Como menciona Roxin, para poder entender “el estado de la discusión actual, es necesario conocer el desarrollo del pensamiento penal sistémico desde comienzos de este siglo”<sup>28</sup>, en donde se puede identificar dos teorías principales: la ficción y de la personalidad real.

La teoría de la ficción parte del derecho subjetivo, desde la premisa que solo la persona física tiene capacidad jurídica o sujeto de derecho, mientras que la persona jurídica es un medio para perseguir determinados fines jurídicos.<sup>29</sup> Como menciona Carlos Nino, “las únicas personas son los hombres; sólo ellos tienen capacidad de derecho”<sup>30</sup> pero el legislador puede dotar artificialmente de personería jurídica a la corporación o “suponer ficticiamente la existencia de entidades que no son hombres”<sup>31</sup> por el interés colectivo que generan en la sociedad.<sup>32</sup>

De acuerdo con esta teoría, la corporación es una creación del derecho, una ficción, incapaz de obrar o expresar su voluntad o actuar sin la intervención de uno de sus miembros.<sup>33</sup> Como resultado, las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito se elabora en base al resultado psíquico del accionar y de la conducta individual del ser humano.<sup>34</sup>

Por el otro lado, la teoría de la personalidad real de la persona jurídica nace como una oposición a la teoría de la ficción. Uno de sus principales precursores, Gierke, sostiene que la persona jurídica es un sujeto de derecho con voluntad y capacidad de acción propia e independiente de la persona individual.<sup>35</sup> La cual se genera a través de la colectividad, y no de la individualidad de sus miembros. El autor determina que esta

---

<sup>27</sup> Ver, Jacinto Pérez, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Sin embargo, en el derecho canónico el principio *societas delinquere non potest* no tiene el mismo significado que hoy en día

<sup>28</sup> Silvana Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 54

<sup>29</sup> Ver, Oscar Mena, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

<sup>30</sup> Carlos Santiago Nino. *Introducción al Análisis del Derecho*. (Buenos Aires: 1987 Editorial Astrea, 1987) 228.

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> Ver, Gustavo Aboso, Sandro Abrales, *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal*.

<sup>33</sup> Ver, Silvana Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*.; Ver, Jacinto Pérez, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*.

<sup>34</sup> Ver, Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal: Parte General. Tomo III*. (Buenos Aires:1998)

<sup>35</sup> Ver, Jacinto Pérez, *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*.

figura alcanza un alto grado de concentración y organización, “manifestando en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa.”<sup>36</sup> Concluye que, esta figura existe, no junto o frente a sus órganos, sino a través de estos, determinando su capacidad de acción y de expresar voluntad, la cual trasciende de los intereses individuales.<sup>37</sup> Por lo que, de acuerdo con esta teoría, la persona jurídica es capaz de delinquir a través de la voluntad especial de sus órganos, al igual que la persona natural.<sup>38</sup>

Mientras que Savigny se limita a conceptualizar a la persona jurídica como una ficción, Gierke, realiza una diferenciación descriptiva, personificando a través de una “abstracción de la conciencia jurídica basada en la idea de organismo.”<sup>39</sup> No obstante, los dos autores coinciden que, para ser titular de derechos y obligaciones, debes ser reconocido por el derecho objetivo.<sup>40</sup>

En el Ecuador, el derecho objetivo, en especial el Código Civil, ha reconocido a la persona jurídica y determina que las sociedades son “distintas de sus socios individualmente considerados”<sup>41</sup> capaces “de ejercer derechos y obligaciones civiles”<sup>42</sup>, a través de la voluntad de la mayoría de sus miembros, por lo tanto, “la capacidad de ser sujeto de derechos significa personalidad jurídica.”<sup>43</sup> De modo que la discusión, hoy en día, no se centra en la personería jurídica o capacidad de acción de la persona jurídica, sino en la capacidad de ser responsable ante el derecho penal.<sup>44</sup>

---

<sup>36</sup> *Id.* 54

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> Cabe destacar que para Halfer, el “El carácter del Derecho penal como sistema de protección de bienes jurídicos, le impone a éste combatir el delito allí donde lo encuentre. Desde este punto de vista el sujeto que delinque es más bien un objeto del Derecho, es decir, que no necesita ser un sujeto de Derecho en sentido técnico. Por lo tanto, no es necesario para poder sostener la responsabilidad penal de la persona jurídica, que ésta tenga capacidad jurídica como sujeto de Derecho”. Silvana Bacigalupo, *Responsabilidad penal personas jurídicas*, 75 - 76

<sup>39</sup> Silvana Bacigalupo, *Responsabilidad penal personas jurídicas*. 68

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> Artículo 1957, Código Civil [CC], Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>42</sup> Artículo 564, CC

<sup>43</sup> Silvana Bacigalupo, *Responsabilidad penal personas jurídicas*. 55

<sup>44</sup> Cabe mencionar que Bacigalupo menciona que “La discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas continúa centrada actualmente en diversos problemas, ya discutidos por la doctrina con anterioridad: a) cuestiones de política criminal, b) el problema de la capacidad de acción, c) el problema de la capacidad de culpabilidad y, estrechamente vinculado con éste, el problema de la personalidad de las penas y d) el problema de la clase de sanciones que serían aplicables a las personas jurídicas.” Sin embargo, para fines de este trabajo de investigación, “la persona jurídica es toda aquella realidad a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos, componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes”, siendo así, una estructura con voluntad diferente a la de sus integrantes.” De modo, que la investigación se centra en los mecanismos por la cual se le puede atribuir responsabilidad penal. Silvana Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 147

## 5. Los modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ahora bien, centrándonos en el marco de la investigación, es necesario plantear la siguiente interrogante: ¿cuál es el modelo de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicable en el Ecuador? En ese sentido, en la actualidad se destacan dos grandes sistemas para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, provenientes de la doctrina anglosajona y norteamericana. Estas son: la heterorresponsabilidad y la autorresponsabilidad.<sup>45</sup>

### 5.1. Modelo de heterorresponsabilidad<sup>46</sup>

Los primeros antecedentes de este modelo se encuentran a partir del siglo XV, en donde los tribunales ingleses determinaron que “los Señores eran responsables de todas las acciones de sus sirvientes,”<sup>47</sup> que fueran resultado de una ausencia de control del superior, hacia el inferior.<sup>48</sup> Sin embargo, no es hasta 1997, en el caso *Hudson v. United States*, en donde se observa la primera aplicación del modelo de heterorresponsabilidad al área penal.<sup>49</sup>

En términos generales, este modelo, reconoce la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de un hecho delictivo de un tercero.<sup>50</sup> María Silva Sánchez, presupone que la:

comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan [...] la responsabilidad por ese hecho delictivo se transfiere a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre éstos y aquélla, son, también, de esta última.<sup>51</sup>

Para la autora, la atención se centra en las acciones ilícitas ejecutadas por una persona física, que no solo deben ser imputadas a su autor, sino que estas, deben vincularse y ser

<sup>45</sup> Ver, Jacinto Pérez, *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

<sup>46</sup> Este modelo también es conocido como: modelo vicarial, indirecto, atribución de responsabilidad o de transferencia de responsabilidad.

<sup>47</sup> Jacinto Pérez, *Sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 56

<sup>48</sup> Ver, Oscar Mena, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

<sup>49</sup> Ver, Juan Pozo, *Fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Este modelo también se puede encontrar en las sentencias de la Corte Suprema de, *United States v. Ionia Management y United States v. Singh*

<sup>50</sup> Ver, Oscar Mena, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

<sup>51</sup> María Silva Sánchez, “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de la persona jurídica.” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ISSN 0121-0483, ISSN-e 2346-2108, Vol. 29 (2008) 86-87

transferidas a la persona jurídica.<sup>52</sup> De modo que, la actuación de la persona física es también la acción de la organización con las consecuencias jurídicas que conlleva la conducta lesiva.<sup>53</sup>

En ese mismo sentido, Adán Nieto establece que, para determinar la transferencia de responsabilidad, se requiere que la infracción sea cometida por un miembro o empleado de la persona jurídica en el ámbito de las funciones que le fueron atribuidas y “con la intención de obtener algún tipo de [...] beneficio para la empresa o infringiendo una obligación,”<sup>54</sup> que le correspondía a esta. Entendemos que, si el individuo actúa en nombre o provecho propio, o fuera de sus atribuciones, no existe tal transferencia de responsabilidad.

No obstante, queda en duda quién, con su actuación, puede hacer responder a la persona jurídica. En ese sentido, de esta teoría se desprenden dos vertientes: identificación o alter ego y responsabilidad vicarial estricta. Para Adán Nieto, la primera determina que “el comportamiento haya sido cometido por un superior, y no por cualquier agente de la entidad.”<sup>55</sup> Para el autor, la responsabilidad se establece siempre y cuando actuación sea cometida por un órgano superior, representativo de la autoridad, directos o representante legal y no por cualquier agente de la entidad.<sup>56</sup>

Sin embargo, esta teoría no toma en consideración que, los actos pueden ser cometidos, no sólo por los directivos, sino por sus empleados o órganos administrativos por una falta de control o debida diligencia, en la cual el órgano superior autorizó, toleró o consintió la comisión del acto criminal por un ejercicio defectuoso de sus poderes de vigilancia y control.<sup>57</sup> Al respecto, César Busato menciona que:

las discusiones sobre qué conductas podrían ser consideradas como prácticas de órganos administrativos de la empresa y, así, podrían originar una responsabilidad empresarial pasan por el tamiz de dos postulados: la “necesidad de prevención” y los “deberes de vigilancia”. Por lo tanto, cualquier trabajador podría determinar la responsabilidad de una

---

<sup>52</sup> Ver, Andrés Díaz Gómez. “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194 (2011). De modo que se trata de un método de incriminación sin culpa., en cual la persona jurídica es culpable en base a delitos cometidos por sus representantes, dado que parte de la teoría que teoría, parte desde la concepción de que las personas jurídicas son una abstracción sin mente o cuerpo propio, dominadas y gestionadas por sus miembros que actúan en nombre e interés de esta ya sea por acción u omisión.

<sup>53</sup> Ver, Oscar Mena, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 50 - 51

<sup>54</sup> Adán Nieto, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, en *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas*, ed. Comité Científico de la Editorial Tirant Lo Blanch (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 50 – 109

<sup>55</sup> Adán Nieto. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”. *Nueva doctrina penal* ISSN 1850-9118, Nº. 1, (2008). 125 - 159

<sup>56</sup> Ver, Jacinto Pérez, *Sistema de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica*.

<sup>57</sup> Ver, Adán Nieto. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”. 125

organización, en la medida en que los crímenes podrían haber sido impedidos por una mejor elección o por un control más efectivo.<sup>58</sup>

Esta hipótesis ha evolucionado en una segunda vertiente, derivada de la primera, la cual determina la responsabilidad por los actos defectuosos o ilícitos realizados por los empleados de una empresa, independientemente de sus cargos. De modo que, obliga a los órganos superiores a implementar medidas de control eficaces para reducir los riesgos que provienen de su actividad empresarial.<sup>59</sup>

Por último, Nieto menciona que, este modelo es efectivo dado que, aunque “las corporaciones intenten ocultar por todos los medios el delito que se ha cometido en su interior, adoptando una actitud de obstrucción a la investigación judicial o administrativa”<sup>60</sup>, está tiene un vínculo de conexión con la responsabilidad individual, “por eso no tiene otra defensa posible que cooperar con él para que su infracción no sea descubierta”.<sup>61</sup>

Este modelo ha sido objeto de diversas críticas. Al respecto, Bernardo Feijoo Sánchez, menciona:

tiene que ver con sus problemas de legitimación y representa un inconveniente dogmático insuperable. En este modelo la persona jurídica no es responsable por un hecho propio (autorresponsabilidad), sino exclusivamente en relación con base en un hecho ajeno (heteroresponsabilidad).<sup>62</sup>

Y, agrega que:

la persona jurídica responde siempre con independencia de su comportamiento correcto o incorrecto (de que sea o no un polizón social), por lo que el Derecho Penal no sirve de estímulo para que se adopten determinadas medidas. Siendo imposible una prevención absoluta, las personas jurídicas tienen que asumir una especie de «lotería penal».<sup>63</sup>

La situación expuesta por el autor evidencia dos cuestionamientos principales. Primero, aunque el hecho ilícito sea cometido por un tercero, la persona jurídica es la que sufre las repercusiones, sin realmente ser responsable de dichos actos. Esto es un modelo “adaptado a la admisión de una responsabilidad criminal sin culpa, o sin la necesidad de demostrar la culpa”<sup>64</sup>, dada la falta de diferenciación entre el individuo y la organización. Segundo, la adopción de un programa de cumplimiento eficaz simplemente disminuye el

---

<sup>58</sup> Ver, Paulo César Busato, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019)

<sup>59</sup> Ver, Adán Nieto, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, en Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas, ed. Comité Científico de la Editorial Tirant Lo Blanch (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 50 – 109

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> Bernardo Feijoo Sánchez, “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ed. M. Ontiveros (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014) 144-146

<sup>63</sup> *Id.*

<sup>64</sup> Adán Nieto, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, 50 – 109

riesgo, más no evita el cometimiento del delito.<sup>65</sup> Por lo tanto, la persona jurídica, aún es responsable por los delitos cometidos por sus miembros, que no puede controlar, aun cuando haya implementado un programa de autorregulación.<sup>66</sup> Estos criterios se fundamentan en que la “transferencia no puede alcanzar lo subjetivo, pues lo interno del órgano no se puede transferir a la persona jurídica.”<sup>67</sup> Por lo que, la “responsabilidad colectiva deriva de forma objetiva y automática de la responsabilidad individual.”<sup>68</sup> Lo cual procede en una vulneración al principio de culpabilidad del derecho penal, dado que, se sanciona a la organización por una acción de un tercero.<sup>69</sup>

Por otro lado, hay autores que establecen que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un claro supuesto de sistema vicarial, pues se produce un doble castigo de una única conducta.”<sup>70</sup> La persona física sería sancionada dos veces por la misma conducta realizada, una por sus acciones y otra por ser integrante de la persona jurídica. Lo que genera un quebrantamiento del *non bis in idem*, dado que existe una doble sanción por un solo hecho único.

## 5.2. Autorresponsabilidad<sup>71</sup>

A diferencia del modelo anterior, este no requiere la transferencia de responsabilidad de la persona física a la persona jurídica, dado que, es considerada como sujeto de derecho, con voluntad y capacidad propia. Esta teoría parte de la premisa fundamental de que “determinadas organizaciones empresariales alcanzan un nivel de complejidad tal que [...] comienzan a mostrar caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación”.<sup>72</sup> De modo que, la capacidad de acción se ve

---

<sup>65</sup> “El modelo de heterorresponsabilidad, como cualquier sistema de responsabilidad objetiva tiene un importante efecto de desaliento, en cuanto que no premia los esfuerzos que ha realizado el infractor por cumplir con la legalidad, en este caso implantando un programa de cumplimiento eficaz. Si el derecho sancionador no reconoce los esfuerzos que la empresa ha realizado para cumplir con el ordenamiento jurídico, y trata igual a las empresas que han sido diligentes y a las que han descuidado los aspectos preventivos, es normal que las primeras se replanten la asignación de recursos a la mejorar de la compliance.” Adán Nieto, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas” 50 - 109

<sup>66</sup> Ver, Jacinto Pérez, *Sistema de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas*.

<sup>67</sup> Cavero Percy García, “Esbozo de un Modelo de Atribución de Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas” *Revista de Estudios de la Justicia* N° 16 (2012). 60

<sup>68</sup> Adán Nieto. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. *Política Criminológica* N° 5 (2008),

<sup>69</sup> Ver, Jacinto Pérez, *Sistema de atribución de responsabilidad de las personas jurídicas*.

<sup>70</sup> Ignacio Lledo Benito. *Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables* (Madrid: Dykinson, 2018)

<sup>71</sup> También conocido como modelo de hecho propio

<sup>72</sup> Carlos Gómez-Jara, “¿Qué modelo de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial” en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ed. M.Ontiveros (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014) 175.

sustituida por la capacidad de organización. Al respecto, Gómez Jara, menciona que, si bien no es similar al concepto de culpabilidad individual, resulta funcionalmente equivalente.<sup>73</sup>

Si la responsabilidad es individual, es pertinente cuestionarse lo siguiente: ¿cuál es el criterio de atribución de responsabilidad de la persona jurídica?<sup>74</sup> Al respecto, Busato menciona que la persona jurídica:

posee una organización estructurada en un sistema, frente al cual, el hecho delictivo practicado por alguien involucrado con la empresa representa únicamente un imputo disfuncional, al cual el sistema reaccionará a través de su rechazo o incorporación.<sup>75</sup>

De modo que la causa de imputación recae sobre el defecto de organización, en el cual la persona jurídica, “se encuentra en un grado de desorganización tal, que resulta imposible prever e impedir”<sup>76</sup> las afectaciones o lesiones generadas por la actividad empresarial hacia los bienes jurídicos protegidos por el derecho.<sup>77</sup> La cual se deriva de la inexistencia o falta de “mecanismos de control y una cultura destinada a fomentar el cumplimiento de la ley.”<sup>78</sup>

En ese mismo sentido, Gómez Jara menciona que el defecto de organización se basa en “tres equivalentes funcionales que corresponden a los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del derecho penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma”.<sup>79</sup>

En esa línea, la culpabilidad de la persona se fijaría; primero en la incapacidad de la empresa para implementar una cultura de cumplimiento de acuerdo con la ley, lo que genera una acción defectuosa de esta. Es decir, la empresa tiene que contener medios eficaces y eficientes de control y regulación, adecuados al ordenamiento jurídico, a raíz

<sup>73</sup> Ver, Carlos Gómez-Jara, “¿Qué modelo de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”

<sup>74</sup> Al respecto, la doctrina no ha llegado a un consenso, por lo que entre las propuestas más relevantes están: El defecto de organización de Tiedemann, culpabilidad por el carácter de la empresa de Lampe, culpabilidad por la conducción empresarial de Heine y la culpabilidad constructivista de Gómez-Jara Díez. Cabe recalcar que estas cuatro doctrinas, no son antagonistas, dado que todas parten de la culpabilidad organizacional de la empresa y, inclusive, sus conceptos pueden ser unificados para generar una institución doctrinaria completa. Sin embargo, cada una de las teorías cuenta con diferentes grados de especialización, categorías, elementos y características, los cuales no van a ser analizados en este artículo de investigación.

<sup>75</sup> Paulo César Busato, *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 86-87

<sup>76</sup> Nieto Martín. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. 14

<sup>77</sup> *Id.*

<sup>78</sup> Ver, Juan Francisco Pozo. *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018)

<sup>79</sup> Carlos Gómez-Jara Díez. “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una ante crítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel” *Política Criminal* Vol. 5, N° 10 (2010) 462

de los riesgos que provienen de su actividad. Segundo, el derecho le adscribe fundamentalmente una libertad de organización propia que le atiene a ser responsable por los resultados negativos de esta libertad.<sup>80</sup> Así, toda empresa debe organizarse auto responsablemente para que nadie resulte dañado. Y, por último, la empresa como ente competente para intervenir y participar en la creación y definición de normas sociales, no votando, sino debatiendo sobre dicho reglamento.<sup>81</sup>

Al modelo de responsabilidad por hecho propio “se le ha cuestionado no seguir, en realidad, un modelo de autorresponsabilidad, sino mantenerse en un modelo de atribución del hecho de otro.”<sup>82</sup> Es decir, que al igual que en el modelo de heterorresponsabilidad, se requiere la actuación de una persona natural o un hecho de conexión entre los dos sujetos.

Al respecto, Villegas, establece que la responsabilidad no se determina por el hecho realizado por la persona natural, sino por el “modo defectuoso de conducir la empresa con relación a determinados riesgos delictivos.”<sup>83</sup> Por lo tanto, independientemente de quien realiza el hecho, la actuación de una persona física no afecta la naturaleza supra individual de la persona jurídica.<sup>84</sup> Así, la acción no recae sobre la persona natural, sino se delimita en torno a la vulneración de los deberes de organización de la empresa. Además, el defecto de organización se desarrolla en base de la doctrina *actio libera in causa*, donde se le sanciona a la persona jurídica por elementos anteriores al cometimiento ilícito. En consecuencia, la causa de la imputación es la incapacidad de la empresa para “cumplir eficazmente y de manera prolongada sus obligaciones y deberes de autorregulación”<sup>85</sup>, mientras que el hecho ilícito realizado por la persona física es un mero resultado de tal actuación, singularizando los elementos de la responsabilidad individual de la responsabilidad de la persona jurídica.

Cabe destacar que este modelo ha sido adoptado por varias legislaciones similares a la ecuatoriana, como la española y la italiana.<sup>86</sup> No obstante, este modelo “implica

---

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> *Ver*, Carlos Gómez-Jara Días. “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una ante crítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”

<sup>82</sup> Cavero Percy García, “Esbozo de un Modelo de atribución de Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas” 61

<sup>83</sup> Oscar Mena. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 52

<sup>84</sup> *Ver*, María Silva Sánchez, “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de la persona jurídica.” 86 -87

<sup>85</sup> Nieto Martín. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. 14

<sup>86</sup> *Ver*, SAP M 18168/2014, STS 3813/2015, Tribunal Supremo de Madrid, sala de lo Penal, 9 de febrero de 2015, pg. 6.

cambiar un elemento estructural del sistema penal, creando una nueva categoría de ciudadanos a efectos del derecho penal”<sup>87</sup>, incluyendo la “noción de responsabilidad y reprochabilidad”.<sup>88</sup> En consecuencia:

en el transcurso del pasado siglo puede percibirse un desplazamiento de los modelos de responsabilidad penal empresarial desde la heterorresponsabilidad hacia la autorresponsabilidad o, expresado de otra manera, de hacer responsable a la empresa por el hecho ajeno a hacerla responsable por el hecho propio.<sup>89</sup>

### **5.3. Un modelo de heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad de acuerdo con la legislación ecuatoriana**

Si se lee detenidamente el COIP, en primera instancia, se puede deducir que en Ecuador rige un modelo de heteroresponsabilidad. En el artículo 49 se menciona que las personas jurídicas “son penalmente responsables por los delitos cometidos por”<sup>90</sup>, no nos encontramos frente a una determinación de la responsabilidad por el defecto de organización, sino por el hecho de que un miembro de la organización ha actuado en nombre de la persona jurídica. De modo que, la responsabilidad de ese hecho delictivo se transfiere de la persona física a la persona jurídica. En esa misma línea, el artículo continúa prescribiendo que el hecho debe ser realizado por “quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales.”<sup>91</sup> Es decir, en el margen de sus atribuciones. Por último, el delito tiene que ser cometido en “beneficio propio o de sus asociados.”<sup>92</sup> Con lo cual se determinan los tres requisitos establecidos por Nieto para determinar un modelo de atribución por transferencia o heterorresponsabilidad, el que rige en Ecuador. De modo que: “la atribución de responsabilidad de la persona jurídica se manifiesta a través de una previa actuación delictiva de una persona física.”<sup>93</sup> Al respecto, Juan Francisco Torres menciona que

---

<sup>87</sup> Mirentixu Corcoy Bidasolo, “Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento”, en *Derecho Penal Económico y teoría del Delito*. Ed. E. Demetrio, M. de la Cuerda, F. García (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020) 87 – 130; Oscar Gustavo Mena Villegas. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (San Jose: Editorial Jurídica Continental, 2020). 36

<sup>88</sup> *Id.*

<sup>89</sup> Carlos Gómez Jara Diez, *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008)

<sup>90</sup> Artículo 49, Código Orgánico Integral Penal [COIP], Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> *Id.*

<sup>93</sup> Ignacio Lledo Benito. *Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*.

[u]na vez que se han observado las características básicas del modelo implementado por el legislador ecuatoriano, podemos de manera aproximada decir que se trataría de un modelo de heterorresponsabilidad, en la medida en que se requiere el comportamiento de una persona física (cualquiera de la organización) para poder realizar una atribución de responsabilidad a la empresa<sup>94</sup>

Sin embargo, debemos tener en consideración que el segundo inciso del artículo 49, determina que “la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.”<sup>95</sup> Entendemos que el inciso separa la responsabilidad individual de la responsabilidad de la organización, determinando una responsabilidad autónoma de la persona jurídica, independiente de la persona física. En ese mismo sentido, el artículo 50 del COIP menciona que, “[l]a responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos”<sup>96</sup>, reforzando el criterio de un modelo de autorresponsabilidad. Lo cual resulta contradictorio, considerando que el primer inciso hace referencia a un modelo de heterorresponsabilidad. Al respecto, Torres menciona que:

Esto es algo que debe ser destacado en un sistema de imputación directo para personas jurídicas, ya que la responsabilidad acumulativa, permite que tanto la persona física como la persona jurídica puedan responder por el delito cometido, manteniendo un doble sistema de imputación.<sup>97</sup>

El autor, explica que, al ser un sistema de responsabilidad acumulativa, la responsabilidad de la persona jurídica y la individual son accesorias. Dado que, el objetivo de este sistema, “no es sustituir de imputación, sino complementarlo para la prevención de conductas delictivas propias de la criminalidad de empresa.”<sup>98</sup>

No obstante, esta afirmación del autor no soluciona el conflicto presentado anteriormente. Incluso presenta otro tipo de problemas que el legislador no ha sabido solucionar. De acuerdo con la afirmación de Torres, se establece que el objetivo no es sustituir la responsabilidad, sino complementarla, dejando cierta ambigüedad con respecto a la responsabilidad individual y la responsabilidad de la organización. Por lo que queda en duda cuál es la razón por la cual es imputada la persona jurídica o si esta

---

<sup>94</sup> Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. 76

<sup>95</sup> Artículo 49, COIP

<sup>96</sup> Artículo 50, COIP

<sup>97</sup> Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. 73

<sup>98</sup> *Id.*

responde sin culpa por la accesoriedad y transferencia de las acciones cometidas por la persona natural.

Para esclarecer esta ambigüedad, Mauricio Enrique Pacheco, profesor adjunto de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, menciona que el Ecuador reconoce el modelo de heterorresponsabilidad, pero no absoluto, dado:

que no se puede prescindir por completo de una conducta de la persona física, que es quien comete la infracción penal, que tiene la virtud de generar responsabilidad punitiva a la persona humana y también, por otros hechos derivados de esta conducta y que no son los mismos, acarrea la responsabilidad corporativa.<sup>99</sup>

De modo que, se puede concluir, que el legislador ha optado por un modelo de heterorresponsabilidad, con rasgos característicos de la autorresponsabilidad. Es decir que, si bien el delito es cometido por la persona física, este llega a ser un mero hecho de conexión entre los sujetos, más no el elemento para determinar la responsabilidad. Ya que la empresa responde por el defecto de organización, que genera el hecho de conexión. Así la persona jurídica responde por un delito previo del hecho ilícito realizado por la persona jurídica, expresado a través de la falta de medidas de organización y una cultura de cumplimiento.

Sin embargo, este no es el único problema que tiene el tipo penal. También ha sido criticado por “una interpretación extensiva, sobre todo cuando se refiere a los sujetos activos del tipo, y que por razones materiales le corresponde a una persona natural.”<sup>100</sup> Esta afirmación se basa en el artículo 49, el cual prescribe que “terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, [...] por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.”<sup>101</sup> Es decir, que el artículo vincula a personas ajenas al seno de la organización, sobre las cuales no tiene control, para la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica, reforzando el criterio de heterorresponsabilidad.

Considero que, tras lo expuesto, este modelo no logra separarse completamente del sistema vicarial, causando ciertos inconvenientes para la determinación de la culpabilidad de la persona jurídica. Si bien la doctrina determina que, la vinculación entre la persona jurídica y la persona física es un mero hecho de conexión de transferencia de responsabilidad por un delito previo, todavía devendría de la acción por la cual una

---

<sup>99</sup> Mauricio Pacheco, “La responsabilidad penal de la persona jurídica y la aplicación de la figura del compliance en las compañías ecuatorianas”. Rev. CAP Jurídica Central N° 5 (2019) 199.

<sup>100</sup> Pedro Bimos, “Los Problemas en la Imputación Penal de las Personas Jurídicas en el Ecuador” Revista Electrónica Iberoamericana ISSN: 1988 - 0618.Vol. 11, n° 1. (2017). 7

<sup>101</sup> Artículo 49, COIP

persona física lesionó o puso en peligro un bien jurídico protegido, siendo una violación al principio de culpabilidad.<sup>102</sup>

Además, es incompatible con la determinación de la pena prescrita en el artículo 51 del COIP, el cual establece que “[l]a pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles.”<sup>103</sup> Este artículo no contempla una transferencia de responsabilidad (heteroresponsabilidad) o que la capacidad de acción de la persona jurídica se vea sustituida por la capacidad de organización (autorresponsabilidad).<sup>104</sup> No obstante, esto no es tomado en cuenta por el legislador, al igual que se ha establecido el defecto de organización como el criterio de responsabilidad penal de la persona jurídica de manera tácita o implícita en el COIP. De modo que, no se podría determinar el segundo elemento de este modelo, referente a la autorresponsabilidad dejando estos delitos en la impunidad.

## 6. La autorregulación

Una vez que se han expuesto los modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es importante primero reflexionar sobre esta interrogante: ¿bajo qué modelo de responsabilidad se aplica la autorregulación? Gómez Jara menciona que:

dependerá del modelo de imputación que escojamos. A tal efecto recordamos que en nuestra opinión la mejor opción, y la que parece seguir un sector mayoritario de la doctrina, es entender que nos hallamos ante un modelo mixto de imputación. Sin embargo, si apostáramos, como dice la doctrina, por un modelo de imputación basado en la auténtica culpabilidad de la persona jurídica, en su autorresponsabilidad, entonces probablemente la autorregulación sería un punto cardinal en nuestro planteamiento.<sup>105</sup>

Por lo tanto, de aquí en adelante, el análisis será en base a un modelo mixto de responsabilidad, con énfasis especial en la autorresponsabilidad. También merece la pena analizar, ¿cómo se determina el defecto de organización? Anteriormente se mencionó que es el estado quien hace responsable penalmente a la empresa, si esta no se organiza adecuadamente para que no se cometan delitos en beneficio suyo. Esa es la contracara de la autorregulación, la de ser responsable por un defecto de organización.<sup>106</sup> Pero, antes de continuar, es necesario establecer qué es la autorregulación o autoorganización.

---

<sup>102</sup> Ver, Ignacio Lledo Benito, *Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*; Ver César Busato, *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

<sup>103</sup> Artículo 51, COIP

<sup>104</sup> Ver, acápite referente a la autorresponsabilidad

<sup>105</sup> Carlos Gomez-Jara. “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel” 462

<sup>106</sup> Ver, Oscar Mena. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 95

La autorregulación, nace como “una actividad privada de creación y control del cumplimiento de normas y constituye un fenómeno que descansa en el principio de autonomía privada y, en concreto, en el derecho de asociación de las empresas”<sup>107</sup>, como una suerte de auto legislación. Por lo tanto, a través de la autorregulación, las empresas adoptan medidas voluntarias de prevención como un mecanismo de mitigación, monitoreo y control de riesgos derivados de su propia actividad.<sup>108</sup>

Sin embargo, hoy en día ha dejado de ser un fenómeno de la esfera privada, para convertirse en una realidad plasmada en el derecho.<sup>109</sup> Al respecto Nieto menciona que:

en las últimas dos décadas ha surgido un nuevo modelo de intervencionismo público que utiliza una nueva estrategia reguladora, la denominada self regulation o autorregulación regulada. Se trata de un “intervencionismo a distancia” basado en la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y otros agentes sociales (sindicatos, ONGs...) con el fin no solo de generar o perfilar normas de comportamiento, sino también encargarse de su enforcement <sup>110</sup>

Agrega que:

son nuevas formas de control social estatal, es decir, un conjunto de mecanismos destinados a obtener un mayor dominio sobre las personas que se integran en una organización, con el fin de que estas adopten determinados modelos de conducta.<sup>111</sup>

Nieto plantea una autorregulación controlada, la cual parte de la “incapacidad del estado de regular exitosamente todas las actuaciones sociales dado el nivel de complejidad, cada vez mayor, en las sociedades actuales.”<sup>112</sup> De modo que, el legislador, precautelando diversos intereses públicos, impone una serie de normas y mecanismos destinados a obtener un mayor dominio sobre las personas que se integran en una organización.<sup>113</sup> Con el objetivo de que las empresas adopten medidas de regulación o deberes de autoorganización, para prevenir afectaciones y lesiones a los bienes jurídicos protegidos, vinculando al defecto de organización cuando se comete una infracción.<sup>114</sup>

<sup>107</sup> Guillermo Astudillo Meza, Sandra Jiménez Montos. “Programas de cumplimiento como mecanismo de lucha contra la corrupción: Especial referencia a la autorregulación de las empresas.” *Revista Derecho & Sociedad* No. 45 (2015).

<sup>108</sup> Ver, Ignacio Lledo Benito. *Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*

<sup>109</sup> Ver, Guillermo Astudillo Meza, Sandra Jiménez Montos. “Programas de cumplimiento como mecanismo de lucha contra la corrupción: Especial referencia a la autorregulación de las empresas.”

<sup>110</sup> Adán Nieto. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. 4

<sup>111</sup> Adán Nieto. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. 5

<sup>112</sup> José Roberto Pazmiño Ruíz, Juan Francisco Pozo Torres. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador”. 107

<sup>113</sup> Ver, Guillermo Astudillo Meza, Sandra Jiménez Montos. “Programas de cumplimiento como mecanismo de lucha contra la corrupción: Especial referencia a la autorregulación de las empresas.”

<sup>114</sup> Ver, Camilo Moreno Piedrahíta. “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”. *Política Criminal* Vol.14 No.28 (2019)

No obstante, la autorregulación regulada o controlada, no parte de una ausencia o incapacidad del Estado, “sino de garantizar su presencia eficaz, mediante una forma de control social más sofisticado.”<sup>115</sup> A través del cual se implementa un proceso de regulación, pero de forma subordinada a los concretos fines o intereses públicos predeterminados por el Estado. En ese sentido Nieto menciona que:

la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene como finalidad motivar a que las empresas incrementen su nivel de autorregulación y establezcan mecanismos necesarios de gestión, organización y control para evitar la comisión de hechos delictivos.<sup>116</sup> Por lo tanto, desde el punto de vista penal, la autorregulación consiste en adopción de medidas para evitar y manejar el riesgo de la comisión de un delito.<sup>117</sup>

Por su parte, Pérez menciona que la autorregulación empresarial, en la cual las organizaciones empresariales tienen la obligación de buscar los mecanismos que aseguren la fidelidad al derecho, no establece como necesario que se den medidas de intervención estatal.<sup>118</sup> Por lo tanto, las personas jurídicas tienen la obligación empresarial de implementar un sistema de autorregulación, independientemente de lo que diga el legislador.

### **6.1. Mecanismos de autorregulación**

Así como la responsabilidad necesita un modelo de imputación, la autorregulación necesita un programa de cumplimiento, normas ISO, o mejor conocido como *compliance programs*. Los programas de cumplimiento son un sistema interno de autoorganización para la delegación de funciones, determinación de procesos, sistemas documentales, gestión de riesgos, flujos de comunicación, mecanismos de revisión externa y auditoría, deberes de supervisión, entre otros.<sup>119</sup> Además, debe detectar medidas oportunas para identificar, prevenir y reaccionar a los posibles delitos, así como los riesgos que enfrenta una organización por su actividad empresarial.<sup>120</sup> Trasladando “a la organización y a

---

<sup>115</sup> Adán Nieto. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. 4

<sup>116</sup> Manuel Gómez Tomillo. “La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracción administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento”. Revista de Administración Pública, 203, 57-88 (2017), 86

<sup>117</sup> Ver, Andrés Díaz Gómez. “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”

<sup>118</sup> Jacinto Perez, *Sistema de atribución de responsabilidad penal al penal a las personas jurídicas*

<sup>119</sup> Ver, Adán Nieto, “Cumplimiento normativo”, en Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas, ed. Comité Científico de la Editorial Tirant Lo Blanch (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015), 50 - 109

<sup>120</sup> Ver, Javier Ciguela Sola. “Compliance más allá de la ciencia penal” Revista para el Análisis del Derecho (2019)

todos sus colaboradores el conjunto de principios éticos y valores que a menudo forman parte de su compromiso social.”<sup>121</sup> En ese sentido Camilo Clavijo Jave menciona que:

El Compliance Program o Programa de Cumplimiento Normativo es un dispositivo interno que las empresas implementan para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan.<sup>122</sup>

De modo que, estos sistemas tienen una doble función. Primero, la función preventiva, la cual determina el deber de la organización de planificar e implementar un conjunto de medidas de organización y control interno de la empresa, para que esta no incurra en infracciones normativas.<sup>123</sup> Y, por otro lado, tiene la confirmación del derecho, en donde la empresa elabora mecanismos para identificar irregularidades dentro de su organización; así como su capacidad de generar respuestas oportunas, adecuadas y alineadas a los posibles riesgos, generados a raíz de su actividad económica.<sup>124</sup>

Cabe destacar que, “los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial”<sup>125</sup>, de modo que los programas de cumplimiento actúan de manera precautoria, más no eliminan los riesgos o impiden las actuaciones delictivas dentro de una organización.

Como ejemplo está el estándar generado por la Organización Internacional de Normalización (ISO por sus siglas en inglés), ISO 196000. Actualmente, esta guía tiene aceptación internacional dado que proporciona orientación para establecer, desarrollar, implementar, evaluar, mantener y mejorar un sistema de gestión de cumplimiento eficiente y receptivo dentro de una organización.<sup>126</sup>

La ISO 196000 se basa en los principios de buena gobernanza, proporcionalidad, transparencia y sostenibilidad, para determinar de directrices, más no requerimientos, relacionadas con el liderazgo, planificación, recursos, capacitación, concientización, planificación operacional, y procesos de evaluación.<sup>127</sup> Todas son aplicables para todo

---

<sup>121</sup> Ignacio Benito. *Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*.33

<sup>122</sup> Camilo Clavijo Jave. “Criminal Compliance en el derecho penal peruano”. 630.

<sup>123</sup> Ver, Camilo Clavijo Jave. “Criminal Compliance en el derecho penal peruano”

<sup>124</sup> Ver, Adán Nieto. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”.

<sup>125</sup> Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, pág. 39.

<sup>126</sup> Ver. Internacional Organizations for Standardization. ISO 19600:2014 Compliance management systems — Guidelines (traducción no oficial)

<sup>127</sup> *Id.*

tipo de organizaciones, y son ajustables a tamaño, estructura, naturaleza, y complejidad de la organización.<sup>128</sup>

## 6.2. La autorregulación de acuerdo con el COIP

Desde mi punto de vista, así como, el legislador no ha previsto el defecto de organización dentro del COIP, tampoco existe normativa que imponga una obligación a las empresas nacionales e internacionales de carácter privado de autorregulación o de adoptar un sistema de cumplimiento normativo dentro de la misma normativa. Como menciona Pozo,

Algo que sin duda alguna es muy relevante en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son los programas de cumplimiento o compliance programs, al respecto la legislación penal ecuatoriana de lege lata no contiene ninguna especificación a ellos.<sup>129</sup>

Al respecto, el artículo 49 prescribe que las personas jurídicas serán penalmente responsables “por la acción u omisión”<sup>130</sup>, es decir, un no hacer por parte de la empresa al momento de verificar la ausencia de normas o programa de cumplimiento. Sin embargo, no podemos determinar que esa es la intención del legislador, a raíz de las pocas, e irrelevantes discusiones plasmadas en las actas de sesión de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado y el silencio de la Asamblea en los respectivos debates. De modo que, esta sección no basta para determinar la obligación de implementar un sistema de cumplimiento dentro de la organización.

En ese mismo sentido, para la tipificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema *numerus clausus*. Es decir, un catálogo cerrado de delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica. Con el objetivo de que esta tenga un mejor conocimiento de los riesgos que puede provocar, y así desarrollar medidas para contrarrestar dichos riesgos.<sup>131</sup> En el caso de incumplimiento, la persona jurídica sería sancionada, evidenciando una autorregulación implícita dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, de acuerdo con esta teoría, no queda claro qué sucede en el caso del cumplimiento de la organización. Al respecto, Pacheco menciona que:

---

<sup>128</sup> *Id.*

<sup>129</sup> Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. 93

<sup>130</sup> Artículo 49, COIP

<sup>131</sup> *Ver*, Pedro Bimos, “Los Problemas en la Imputación Penal de las Personas Jurídicas en el Ecuador” 16; *Ver*, Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador.*;

En el actual sistema vicarial extremo, quienes hayan adoptado un compliance preventivo, aplicado a la corporación, nos atrevemos a decir que ha perdido su tiempo, si piensa obtener algún tipo de beneficio o benevolencia procesal a la hora de la imputación penal en contra de la persona jurídica.<sup>132</sup>

Por lo cual resulta inútil implementar un programa de cumplimiento, dado que, si la empresa comete un delito por defecto de organización, aun así, será responsable penalmente, independientemente de que esta haya adoptado un programa de cumplimiento o no. Entonces, queda entredicho que la legislación no tomó en cuenta que la autorregulación no elimina los riesgos de una empresa, solo los reduce.

Por otro lado, el Estado tiene la obligación de imponer ciertas regulaciones y normativas referentes a la autorregulación y sistemas de cumplimiento. Al respecto, el COIP prescribe que la “intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas.”<sup>133</sup> Por lo cual, tipificar el defecto de organización, y en su efecto la autorregulación, como mecanismo para mitigar riesgos de la comisión de un delito, permite al Estado hacer efectiva la finalidad del derecho penal, que es proteger a la sociedad. Dado que existen empresas que en su actividad económica son consideradas como riesgosas para la sociedad y los mercados económicos. Así el Estado debe anticiparse a posibles vulneraciones contra los bienes jurídicos protegidos a través de la tipificación de la implementación de los programas de cumplimiento. En principio, estos tres sectores son: lavado de activos, medio ambiente; y seguridad y salud en el trabajo.<sup>134</sup>

Como ejemplo, el COIP determina que las personas jurídicas son responsables por los delitos cometidos contra el medio ambiente, descritos en el capítulo cuarto de la norma. Sin embargo, de acuerdo con el INEC, solo el 2,15% de las empresas registradas en el Ecuador cuentan con sistemas de gestión ambiental a través de certificaciones internacionales; mientras que el 62.53% de las empresas no cuentan con un estudio de impacto ambiental.<sup>135</sup> De modo que la autorregulación voluntaria no solo es insuficiente para proteger al medio ambiente, como sujeto de derecho y a la sociedad, sino que las empresas no están implementando programas de cumplimiento, incrementando el riesgo de cometer delitos medioambientales.

---

<sup>132</sup> Mauricio Pacheco, “La responsabilidad penal de la persona jurídica y la aplicación de la figura del compliance en las compañías ecuatorianas”. 189

<sup>133</sup> Artículo 3, COIP

<sup>134</sup> Ver, Camilo Clavijo Jave. “Criminal Compliance en el derecho penal peruano”. 636

<sup>135</sup> *Id.*

### **6.3. Otros mecanismos de autorregulación establecidos en la legislación ecuatoriana y su relación con el COIP**

Cabe destacar que, el principio de mínima intervención del Estado determinado en el COIP establece que el sistema penal debe ser utilizado como “último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”<sup>136</sup> Es decir, cuando el derecho civil, administrativo, laboral, u otros, no den el resultado esperado para proteger a la sociedad. De modo que, es necesario analizar los principales modelos de autorregulación establecidos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano a breves rasgos y su relación con el derecho penal.

#### **6.3.1. Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos**

Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delito, obliga a través del artículo 5 a ciertas personas jurídicas, cuyas actividades económicas son “susceptibles de ser utilizadas para el lavado de activos y el financiamiento de otros delitos”<sup>137</sup> a implementar programas de regulación. Los bancos, empresas de seguros, inmobiliarias, casa y bolsa de valores, empresas dedicadas a la construcción,<sup>138</sup> a contar con mecanismos de regulación para “prevenir, detectar y erradicar el lavado de activos y la financiación de delitos, en sus diferentes modalidades”<sup>139</sup>

Como mecanismo de control, estas entidades deberán emitir informes a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFFE). Esto se refiere a aquellas operaciones inusuales o injustificadas, operaciones iguales o superiores a 10 mil dólares, entre otras. Esta entidad de control tiene la obligación de elaborar programas de cumplimiento para que los sujetos regulados lo implementen y así poder identificar dichos riesgos y que sean oportunamente reportados a la entidad.<sup>140</sup> En el caso de incumplimiento, esta ley establece una serie de sanciones administrativas hacia la persona jurídica.

Es importante indicar que esta ley responde específicamente al artículo 317, referente al lavado de activos. Sin embargo, hay otros aspectos que quedan sueltos, como

---

<sup>136</sup> Artículo 3, COIP

<sup>137</sup> Artículo 2. Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Registro Oficial Suplemento 802 de 21 de julio de 2016

<sup>138</sup> Ver, Artículo 5. Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delito. En este párrafo de manera general las personas jurídicas, mas no las personas naturales que también incluye el artículo. Además, cabe destacar que, el segundo inciso determina que Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFFE) mediante resolución puede integrar nuevos sujetos obligados a reportar.

<sup>139</sup> Artículo 1. Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delito.

<sup>140</sup> Ver, Artículo 12. Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delito.

qué sucede si un banco detecta una transacción inusual e injustificada realizada por un funcionario de la institución, en nombre y en beneficio de esta. De acuerdo con la Ley de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delito la entidad tiene la obligación de reportar dicha transacción. Pero ¿esto no sería una autoincriminación ante el derecho penal?<sup>141</sup> Tomando en cuenta que el artículo 77 numeral 7, literal c, de la Constitución de la República establece que “[n]adie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.”<sup>142</sup> Dado que el informe emitido por la entidad a la UAFE puede ser utilizado para la determinación de la responsabilidad de esta.

En ese mismo sentido, el artículo 45 y 46 del COIP determinan que existen ciertas circunstancias atenuantes de la infracción, en la cual no existe una diferenciación entre la persona natural o la persona física.<sup>143</sup> Estas pueden ser utilizadas siempre y cuando apliquen al caso. A modo de ejemplo, el banco puede ser un cooperador eficaz al entregar la información sobre el ilícito cometido, de acuerdo con el artículo 491 del COIP, lo cual permitiría la reducción de la pena de acuerdo con el artículo 492.<sup>144</sup>

No obstante, la implementación de un programa de cumplimiento, que le permitió al banco identificar dicho delito, no tendría relevancia alguna, dado que la legislación no ha integrado al sistema penal estos programas como un eximente o atenuante de responsabilidad. Sistema que, no solo, le permitiría al legislador reforzar el reconocimiento de la responsabilidad penal, sino reforzar la autorregulación regulada, en donde “puede verse circunstancias atenuantes en las que la empresa, tras la detección del delito, pueda colaborar eficazmente con el Estado en la investigación del hecho.”<sup>145</sup>

### **6.3.2. Resolución No.SCVS-INC-DNCDN-2020-0013**

Esta resolución fue emitida el 1 de septiembre del 2020 por el Superintendente de Compañías y Valores y Seguros, con la cual se determinan ciertas medidas, principios y lineamientos voluntarios para las empresas, sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia.

---

<sup>141</sup> Si bien este no es el fin de la investigación es importante determinarlo dado que este informe emitido a la UAFE puede ser considerado para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

<sup>142</sup> Artículo 77, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008

<sup>143</sup> Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. 98.

<sup>144</sup> Ver, Artículo 491 6 492. COIP

<sup>145</sup> Juan Francisco Pozo, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*. 97

Esta resolución contiene los conceptos, principios, ámbitos que deberán tomar en cuenta y grado de cumplimiento de las normas para el gobierno corporativo. Sin embargo, a breves rasgos se puede denotar que la autoridad administrativa confunde los conceptos de autorresponsabilidad y buen gobierno corporativo. De acuerdo con la doctrina, estos conceptos son complementarios, pero persiguen fines distintos. El buen gobierno corporativo “tiene como objetivo último luchar contra el abuso de poder dentro de las corporaciones por parte de los administradores”<sup>146</sup>, mientras que la autorregulación se refiere a los “estándares de conducta por parte de individuos y, en este caso, de organizaciones.”<sup>147</sup>

Dentro de la resolución se pueden encontrar diferentes elementos, que responden a cada uno de estos conceptos. Por ejemplo, el acápite cuatro, referente al gobierno familiar y el acápite cinco, referente a la arquitectura de control. El primero “tiene por objeto preservar el control total o mayoritario del capital social, los valores y la cultura de la familia en la estructura societaria, diseñar una adecuada planificación patrimonial y evitar conflictos familiares”<sup>148</sup>, el cual responde al concepto de buen gobierno corporativo. Y el segundo, es un concepto relacionado “con la materia de ambiente de control, gestión de riesgos, sistemas de control interno, información y comunicación, y monitoreo de las actividades operacionales de las compañías,”<sup>149</sup> el cual responde a una autorregulación.

Sin embargo, al igual que el punto anterior, la implementación de estos lineamientos no tendría relevancia alguna a efectos del derecho penal.

## **7. Recomendaciones**

El legislador ecuatoriano debe abandonar un sistema de heteroresponsabilidad para implementar un modelo de autorresponsabilidad. Como se puede observar, en el caso español, Ley Organiza 5/2010 del Código Penal Español, la responsabilidad penal de la persona jurídica era principalmente interpretada como un régimen de responsabilidad penal vicarial. Este artículo deja ciertas dudas interpretativas respecto al modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, lo que impidió que los tribunales puedan emitir jurisprudencia al respecto. Sobre este tema, Elena Gutiérrez menciona que,

---

<sup>146</sup> Adán Nieto, “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas” 50 - 109

<sup>147</sup> *Id.*

<sup>148</sup> Resolución No. SCVS-INC-DNCDN-2020-0013, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros [Aprobar las "Normas Ecuatorianas para el Buen Gobierno Corporativo", en los términos que constan en el Anexo 1 de esta resolución. Registro Oficial No.1076 del 25 de septiembre de 2020.

<sup>149</sup> *Id.*

[r] ealmente la discusión en torno al modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que establecía el artículo 31 bis se limitó a un intenso debate doctrinal que no llegó a trasladarse a ninguna resolución judicial.<sup>150</sup>

Ejemplificando algunos de los problemas que tenemos actualmente en la legislación ecuatoriana. Con el objetivo de corregir estos errores de interpretación en el artículo, el legislador español optó por reformar esta ley, introduciendo el elemento de debido control o defecto de organización de la persona jurídica. Al respecto el artículo 31 bis del Código Penal Español determina:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.<sup>151</sup>

En ese mismo sentido sentencia el Tribunal Supremo español, el 2 de febrero de 2015, y prescribe que:

ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal<sup>152</sup>

Con esta aclaración adicional se permitió solventar los problemas de interpretación y atribución de la responsabilidad de la persona jurídica que presentaba el modelo español. Permitiendo fundamentar la responsabilidad penal de la misma a través del defecto de organización.

Sin embargo, considero que el legislador ecuatoriano, debe tomar en cuenta que, de acuerdo con la doctrina, en un modelo de autorresponsabilidad la persona jurídica es sancionada por el hecho previo, de modo que la actuación de la persona jurídica es meramente un resultado del incumplimiento del debido control de la empresa. Esto permite no solo separar completamente el hecho de la persona física, sino permite determinar la responsabilidad por su incapacidad organizacional, deviniendo en un defecto de organización.

---

<sup>150</sup> Ver, Elena Gutiérrez, “Los Programas programs como eximentes o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores trans la reforma de 2015”. Revista General de Derecho Penal 24 (2015)

<sup>151</sup> Artículo 31 bis, Ley Orgánica 10/1995, «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, reformado por última vez el 2 de marzo de 2019

<sup>152</sup> SAP M 18168/2014, STS 3813/2015, Tribunal Supremo de Madrid, sala de lo Penal, 9 de febrero de 2015, pg. 6.

Además, en ese mismo sentido, el legislador debe eliminar la siguiente parte: “terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, [...] por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.” Esto se debe, a que, el legislador no toma en cuenta que las medidas implementadas por la organización están establecidas para detectar e impedir que se cometa un delito por parte de los sujetos que son parte de la organización, más no por personas externas a ella.

En cuanto a la determinación de la autorregulación, si bien no le corresponde implementar y generar programas de cumplimiento al derecho penal, sino al derecho administrativo y privado, sí le corresponde añadirlo al COIP, como un eximente o atenuante de responsabilidad. Como lo realiza el mismo artículo inciso segundo del Código Español que menciona que:

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.<sup>a</sup> no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición.<sup>153</sup>

Así como el artículo 31 quater, en el cual se determina las circunstancias en las cuales se puede atenuar de la responsabilidad a la persona jurídica, siempre y cuando se realicen con posterioridad al delito. Las circunstancias son las siguientes:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.<sup>154</sup>

Cabe destacar que, estos no son los únicos cambios que debe realizar el legislador en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica. Al ser un concepto relativamente nuevo para el derecho penal, es una cuestión de prueba, error y adaptación. Sin embargo, estos cambios permitirían operativizar el tipo penal, con el objetivo de que

<sup>153</sup> Artículo 31 bis, Ley Orgánica 10/1995

<sup>154</sup> Artículo 31 quater, Ley Orgánica 10/1995

los fiscales puedan hacer responsables a las personas jurídicas por un defecto en su organización y a los jueces generar sentencias que permitan esclarecer el tipo penal.

## **8. Conclusiones**

Es indiscutible el papel fundamental que ejercen las personas jurídicas en la actualidad. Sin embargo, está claro que su organización y desarrollo, no siempre está a merced de las personas físicas que trabajan o ejercen cargos en ellas. Así, como es irrefutable que, como entidades individuales con personalidad jurídica y voluntad propia, son capaces de cometer actos ilícitos a través de sus actividades económicas. De modo que es necesario que los Estados adopten medidas administrativas, laborales, penales y civiles para impedir la vulneración de bienes jurídicos protegidos. En especial, la correcta y adecuada tipificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el defecto de organización y los programas de cumplimiento.

En esta investigación, se evidenciaron las posiciones en contra y a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como los modelos de atribución de responsabilidad de esta y su autorregulación.

De darse una reforma, el legislador debe abandonar un modelo de transferencia, e implementar un modelo de autorresponsabilidad, y determinar el defecto de organización como el origen de la responsabilidad. Esto se debe a que el sistema vicarial vigente, no solo ha impedido a las cortes generar jurisprudencia, dejando en la indefensión a la sociedad, sino que también presenta varias vulneraciones a los principios y garantías constitucionales.

El modelo por hecho propio permite determinar la responsabilidad de la persona jurídica por un hecho previo, diferenciando el hecho de la organización y la persona física. Este se materializa a través del defecto de organización, es decir, de la falta de medidas para detectar, identificar y prevenir hechos ilícitos dentro de la empresa. Sustituyendo la capacidad de acción (persona física) por la capacidad de organización (persona jurídica).

En ese mismo sentido, es importante que el legislador analice la posibilidad de tipificar los sistemas de cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico. La autorregulación regulada es un sistema fundamental y viable para la detección y prevención de actos ilícitos dentro del órgano, pues tiene la facultad de eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Dado que, al momento, la normativa ecuatoriana no contiene ningún tipo de beneficios procesales o motivación al momento de determinar la responsabilidad de la persona jurídica.

Así como también los entes administrativos deben generar manuales y guías para el seguimiento e implementación de las empresas de acuerdo con la normativa establecida en el COIP. Como es el caso de la UAFE y la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.