

DERECHO PENAL CENTRAL



La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra la eficiencia de la administración pública en el Ecuador

Criminal liability of legal entities for crimes against the efficiency of public administration in Ecuador

MAGALY CAMILA RUIZ CAJAS

iD Investigadora Independiente

RESUMEN

El presente es un análisis crítico a la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos contra la eficiencia de la administración pública, mismos que toman principal importancia, a partir del escándalo de corrupción de la empresa constructora Norberto Odebrecht, que reveló varios actos de corrupción pública en diferentes países del continente americano, entre ellos, el Ecuador, país en el que la corrupción en virtud de la adjudicación de contratos, alcanzó a las más altas esferas gubernamentales. Esta práctica corruptiva, ha sido investigada desde la justicia ecuatoriana por delitos de cohecho, concusión, peculado, tráfico de influencias, entre otros, llegando a determinar la responsabilidad de varios funcionarios públicos de nivel jerárquico superior, como: ex Presidente de la República, ex Vicepresidente, Ministros, Asambleístas, Gobernadores y varios particulares en sus calidades de representantes legales, accionistas mayoritarios o apoderados de diferentes empresas consideradas corruptoras. En este sentido, se analizará brevemente las definiciones de responsabilidad de las personas en el Ecuador, el marco convencional, constitucional y legal aplicable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que se derivan de la corrupción pública, la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el Código Orgánico Integral Penal con énfasis en los delitos contra la eficiencia de la administración pública.

PALABRAS CLAVE: Corrupción pública, persona jurídica, responsabilidad penal, delitos contra la eficiencia de la administración pública.

ABSTRACT

This is a critical analysis of the responsibility of legal entities in crimes against the efficiency of public administration, which have become more important since the corruption scandal of the construction company Norberto Odebrecht, which revealed several acts of public corruption in different countries of the American continent, including Ecuador, a country in which corruption in the awarding of contracts reached the highest levels of government. This corrupt practice has been investigated by the Ecuadorian justice system for crimes of bribery, extortion, embezzlement, influence peddling, among others, leading to the determination of the responsibility of several high-ranking public officials, such as: former President of the Republic, former Vice President, Ministers, Assemblymen, Governors and several individuals in their capacity as legal representatives, majority shareholders or agents of different companies considered corrupt. In this regard, the definitions of personal responsibility in Ecuador will be briefly analyzed, as well as the conventional, constitutional and legal framework applicable to the criminal responsibility of legal persons in crimes arising from public corruption, the criminal responsibility of legal persons from the Comprehensive Organic Criminal Code with emphasis on crimes against the efficiency of public administration.

KEYWORDS: Public corruption, legal entity, criminal liability, crimes against the efficiency of public administration.

<https://doi.org/10.29166/dpc.v6i6.7699>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2025 Universidad Central del Ecuador



Recibido: 21/9/2024
Aceptado: 5/12/2024

ISSN-e 2697-3359

ISSN-i 2697-3251

fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec

Definición de persona en la legislación ecuatoriana

Para efectos del presente análisis es necesario desarrollar de manera conceptual la denominación de persona como sujeto de derecho y obligaciones, así, el Código Civil, contempla dos clases de sujetos: “Las personas son naturales o jurídicas”, sin reconocer diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles (Arts. 41 y 43 CC).

En este sentido, la CR, en los artículos 10 y 11 determinan derechos de aplicación en favor de las personas (naturales o jurídicas) que deben ser observados y aplicados por los operadores de justicia, siendo motivo de análisis dentro de los derechos de protección las garantías del debido proceso que permiten que toda persona tenga derecho al acceso gratuito a la justicia, a la tutela efectiva y a la seguridad jurídica (Arts. 75, 76 y 82 CR).

Persona natural

El Código Civil en el Art. 1 refiere que son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Para efectos del presente análisis, nos centramos en la persona natural con capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y poder ejercerlos por sí misma.

Ahora, desde el ámbito penal lo que interesa es la capacidad de responsabilidad de la persona que puede ser imputada, en este sentido, en un principio toda persona física viva puede asumir la calidad de imputado, pero no toda persona física tiene la capacidad de responder en un proceso, así, según el COIP, para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta (Art. 34 COIP).

Del mismo modo, para Paulina Araujo es responsable penalmente quien ha adecuado su acción u omisión a un tipo penal específico de manera consciente y voluntaria.¹ Para Jiménez De Asúa: “Sólo el ser humano, es decir, las personas naturales son capaces de cometer actos bajo los elementos cognitivo y volitivo, por lo que merecen la atribución de una pena por su responsabilidad”.² Es decir, solo una persona física puede ser imputable y recibir la imposición de una pena por el órgano jurisdiccional siempre que de acuerdo al ordenamiento penal sean comprobadas la materialidad y la responsabilidad de la persona imputada.

Persona jurídica

El C.C. define a la persona jurídica como “ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (Art. 564 CC).

En este marco de formalidad legal la PJ nace de la ley siendo un ente abstracto que persigue fines de utilidad colectiva, teniendo como medio la capacidad de goce y de ejercicio; diferenciándose entre públicas y privadas, las primeras tienen un fin de servicio público y se representan a través de sus autoridades designadas por un órgano de gobierno, mientras que las segundas tienen fines de lucro y tienden a favorecer intereses de particulares, se representan según su forma de constitución, en ambos casos su identidad y registro es facultad exclusiva del Estado (Art. 261.3 CR).

1 ARAUJO, Paulina; (2019) *Consultor Penal-COIP*, 4ta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, pág. 651

2 JIMÉNEZ DE ASÚA, (1958) *Principios del Derecho Penal: La Ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, pág. 120 - 211

Persona jurídica pública

El artículo 225 de la CR, determina cuales son las personas jurídicas de derecho público en el Ecuador, mismas que esta constituidas unas con personalidad jurídica y otras con personería jurídica, en el caso de las primeras para poder representarse judicial o extrajudicial deben hacerlo a través del Procurador General del Estado.

Bajo la norma constitucional, la PJP cumple fines específicos acorde a su naturaleza, constituyéndose la administración pública en un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, transparencia entre otros. En el ámbito penal en el Ecuador la PJP puede considerarse víctima cuando resulte afectada por una infracción penal (Art. 441.6 COIP), con lo cual inclusive en el decurso de un proceso y previa presentación de la acusación particular adquiere derechos procesales en igualdad de condiciones como sujeto procesal. Sin embargo, de ello, es inimputable frente a la responsabilidad penal.

Persona jurídica privada

El Art. 66 numeral 13 de la CR, reconoce y garantiza a las personas el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse de forma libre y voluntaria, reconociendo este derecho también, para las organizaciones y asociaciones, surgiendo la persona jurídica privada como un ente ficticio con capacidad para celebrar y ejecutar todo acto y contrato relacionado con su objeto social; así también es sujeto de derechos y obligaciones. Para el cumplimiento de sus fines la sociedad está representada por una persona natural que actúa de buena fe y dentro del marco de la ley, el actuar contrario tradicionalmente determina responsabilidad en la persona natural y no en la sociedad ficticia. Amparado en el principio clásico una "sociedad no puede delinquir", constituyéndose en un principio como un ente ficticio inimputable frente al derecho penal (Art. 3 Ley de Compañías).

Surgiendo aquí, el gran debate en el ámbito penal desde un análisis de política criminal moderna, teniendo como detonantes una sociedad en riesgo y globalizada, que ha dado paso al fenómeno de delincuencia a través de la utilización de empresas en donde el principio "*Societas delinquere non potest*", ya no puede sostenerse determinándose en varios países de Europa y América del Sur la responsabilidad de la persona jurídica entre ellos: España, Holanda, Portugal, Chile, y Ecuador, siendo este último motivo de análisis.

Concluyendo sobre esta primera parte que la Constitución ecuatoriana en materia de derechos en el ámbito procesal se sujeta al principio de unidad e indivisibilidad, no hace diferencia entre la persona natural de la persona jurídica.

Breves presupuestos de criminalidad de la persona jurídica a partir de actos de corrupción pública

Son varios los instrumentos internacionales que han optado por proteger bienes jurídicos específicos, adoptando nuevas políticas de criminalidad mundial, proponiendo adecuar la normativa interna a los países suscriptores de los diferentes convenios que tienen como objetivo atribuirle a la persona jurídica conductas delictivas en una sociedad globalizada, a partir de actos de corrupción en el que se identifican estructuras delincuenciales incrustadas al interior de empresas.

Marco Convencional

Entre los principales organismos internacionales encontramos a la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención para combatir el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones internacionales entre otras.

En este marco convencional el Ecuador es suscriptor de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida) desde el 11 de diciembre de 2003, misma que en el Art. 26 determina la responsabilidad de la persona jurídica y de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) desde el 15 de noviembre de 2000, Arts. 8 y 10, adoptando en su legislación nuevas políticas de criminalidad mundial en respuesta a los requerimientos internacionales.

Marco constitucional y legal

En virtud del marco convencional, del cual, el Ecuador es suscriptor, a partir del año 2008, incorporó en la Constitución de la República, como un deber primordial del Estado, “garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”. (Art. 3.8 CR).

Así, desde el mes de agosto de 2014 entro en vigencia el COIP, cuerpo legal que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, adoptando un modelo cerrado para un determinado catálogo de delitos, conocido como sistema de “*numerus clausus*”, Art. 49 *ibídem*. El 14 de febrero de 2018, en el SRO No. 180, se publicó la reforma introducida mediante referéndum aprobado el 4 de febrero de 2018, que incorporó en el COIP la responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo.

Garantías del debido proceso

Conforme ya se explicó, desde el ámbito procesal penal la legislación ecuatoriana reconoce a la persona jurídica los mismos derechos y garantías procesales aplicables a la persona natural contenidos en la Constitución, convenios internacionales y la ley, entre ellos el principio de igualdad ante la ley y garantías del debido proceso, Art. 76 CR.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Responsabilidad penal de las personas jurídicas y su aplicación en el ámbito procesal ecuatoriano

La responsabilidad de las personas jurídicas en el Ecuador, surge como una respuesta a la criminalidad en el ámbito de la delincuencia económica, ante nuevas manifestaciones delictivas específicas que evolucionan en una sociedad, globalizada, multicultural, mediatizada y de riesgo, adecuando su normativa a la convención de Mérida y Palermo, como país suscriptor; y a partir del año 2018 incorpora la responsabilidad penal a los delitos contra la Eficien-

cia de la Administración Pública, ante el incremento de la corrupción pública reflejado en varios procesos de contratación con el Estado.

Configuración de la responsabilidad de las personas jurídicas en el COIP

La legislación ecuatoriana hasta antes del 10 de agosto de 2014, fecha en la que entró en vigencia de manera íntegra el COIP, cimentaba la responsabilidad de la persona jurídica únicamente en el ámbito administrativo o civil; bajo criterios de la escuela clásica del derecho penal sustentado en que el delito es la consecuencia de un acto u omisión efectuado por una persona natural con voluntad y conciencia, elementos que excluyen a la persona jurídica, y que es sostenida mayoritariamente por: Roxin, Francisco Muñoz Conde, Gracia Martín, Mir Puig entre otros, quienes sostienen que la voluntad de la acción queda exclusivamente en la persona o representante de la persona jurídica; sosteniendo la inimputabilidad de la persona jurídica.

Posición que es de vieja data, ya en 1701 en los países de la common law se sostenía que las corporaciones no podían ser sujeto de responsabilidad penal, tesis que fue sostenida por el jurista Sir Edward Thurlow en el año 1731 y refrendada por Blackstone en 1765, y que fue explicada mediante la frase *"no soul to be damned, no body to be kicked"*,³ utilizaba por quienes ya a esa fecha sostenían que las corporaciones no pueden delinquir, teniendo para los anglosajones una importancia próxima a los países de derecho continental *"societas delinquere non potest"*, resumiendo en una sola frase toda una doctrina compleja, por su parte John C. Coffee la utilizó para dar nombre a uno de sus artículos más famosos, *"¿Podrías esperar que una corporación tuviera consciencia cuando no tiene alma que ser castigada ni cuerpo que ser golpeado?"*.⁴

Frase que para muchos estudiosos del derecho penal, consideran que lo que quiso decir Thurlow, es lo contrario de lo que se le atribuye, es decir, consideran como un error de la jurisprudencia inglesa, respecto de la irresponsabilidad penal de las corporaciones, pues por esa irresponsabilidad "no se puede esperar justicia", ya que "hacen lo que quieren", en definitiva su irresponsabilidad genera impunidad.⁵

Más allá de las tesis dogmáticas y de sus precursores, la criminalidad ha ido en franca evolución apareciendo nuevas tipologías de delitos que se realizan con la utilización de estructuras empresariales modernas, tornando necesaria la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Siendo el Ecuador uno de los pocos países de América del Sur, que efectuó un cambio drástico en su normativa, al instituir la responsabilidad penal de la persona jurídica en el COIP, Título I, de la infracción penal en general, capítulo V; y desde que entró en vigencia a la presente fecha desde el ámbito procesal ha generado grandes inconvenientes para su aplicación, debido a la falta de claridad y especificidad en su redacción así:

"Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores,

3 GOMEZ, Jara, (2006) *La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos*, pág. 15

4 MARTÍNEZ, Víctor, (2019) *Responsabilidad de las personas jurídicas. La doctrina Societas delinquere non potest*, Editorial B de F, Montevideo - Uruguay, pág. 294

5 MARTÍNEZ Víctor, (2019) Ob. Cit., pág. 295

delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

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.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.”

Destinatarios de la norma

El inciso primero del artículo 49 refiere que serán penalmente responsables las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado que, por la acción u omisión de quienes Ejercen su propiedad o control, Sus órganos de gobierno o administración, Apoderadas o apoderados, Mandatarias o mandatarios, Representantes legales o convencionales, Agentes, Operadoras u operadores, Factores, Delegadas o delegados, Terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, Ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, En general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

De esta cita, se aprecia que el Art. 49 excluye a la persona jurídica pública y exige como presupuesto principal de responsabilidad la acción evidente de un ser con conciencia y voluntad-persona natural, la misma que haya accionado u omitido una actuación prohibida, censurada y reprimida por la ley penal en condición de delito. Sin embargo es menester subrayar que las acciones u omisiones a que hace referencia la norma sustantiva en análisis, en su totalidad, no desplazan la responsabilidad a la persona jurídica.⁶ Existiendo un catálogo de sujetos activos muy amplio que va desde altos representantes de nivel jerárquico superior a empleados de nivel jerárquico inferior, es decir, la norma no hace distinción.

Otro elemento a destacar es que la norma está diseñada a sancionar a los responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, sin embargo, excluye la RPPJ cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales ya enunciadas, cuando este es en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

Concluyendo que el primer inciso del Art. 49 del COIP contiene tres elementos que constituyen la base de la imputación de la persona jurídica: los sujetos activos acorde a un catálogo amplio, la finalidad de la acción u omisión; y que estas actuaciones u omisiones estén dirigidas a obtener un beneficio propio de sus socios o accionistas.

Capacidad de acción de la persona jurídica

⁶ LÓPEZ, Antonio, (2018) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el nuevo paradigma de la legislación ecuatoriana*, 1ra Edición, Editora Jurídica Cevallos, Ecuador, pág. 93

Desde la doctrina tradicionalmente, para la aplicación de una sanción en materia penal se requiere la configuración de tres presupuestos de conducta, autoría o participación. Así, para Juan Francisco Pozo Torres, del Art. 49 se deriva la posible configuración de un sistema de heterorresponsabilidad, en razón de que el desencadenante de la responsabilidad es la conducta (activa u omisión) de una persona física⁷.

Traduciéndose entonces, en que la norma sustantiva fue redactada a partir de la coexistencia entre la persona natural a la jurídica, evidenciándose un lazo de comunicabilidad, a decir del jurista ecuatoriano Antonio López, el Art. 49 se traduce en el modelo vicarial o de heterorresponsabilidad, siendo imprescindible que exista un puente de comunicación entre la persona física y la jurídica que en el resultado de la acción u omisión, produce un acto lesivo antijurídico y culpable, es desplazado de la persona natural al ente pluripersonal.⁸

Para Zugaldia José, el modelo de heterorresponsabilidad es una “responsabilidad que es reconducible a la figura del representante (*“teoría de la identificación, del alter lego o del respondent superior”*) en la que primero hay que evaluar el comportamiento delictivo del agente para luego asignar, sin más, este comportamiento y el reproche que suscita a la persona jurídica (se transfiere a la persona jurídica la culpabilidad de la persona física que ha actuado en su seno, por lo que es la culpabilidad de esta la que hace culpable a aquella.”⁹

Para este autor la PJ si es susceptible de someterse al principio de acción, en cuanto son, como la persona natural, destinatarias de normas jurídicas y capaces de producir los efectos contenidos en la misma normativa, por tanto pueden ser sujetos activos de una infracción penal, en cuanto, por si mismas pueden celebrar contratos, adoptar acuerdos que son perceptibles en el mundo exterior a través de sus órganos de representación.¹⁰

Para Zugaldia, Shelman y Von Lizenszt, citados por Paulina Araujo, las manifestaciones de voluntad de las empresas son “acciones de la propia persona jurídica”, y expresión de su específico obrar corporativo, en otras palabras, “quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o incumplir los contratos concluidos,”¹¹ participar en concursos, y de manera general adquirir obligaciones y responsabilidades, independiente de la persona natural.

Culpabilidad de la persona jurídica

Desde la dogmática penal la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica es aún más compleja, así algunas posturas doctrinarias rechazan que la persona jurídica tenga capacidad de culpabilidad e inclusive consideran que la responsabilidad penal y la sanción deben prescindirse de este concepto.

Para Schünemann, citado por Bacigalupo, la sanción de carácter penal a la persona jurídica debe basarse en el estado de necesidad del bien jurídico, que surge por una situación similar al estado de necesidad por el debilitamiento de la eficiencia preventiva en el ámbito de la criminalidad de empresa; en el mismo sentido Stratenwerth, considera que debe suprimirse la exigencia de culpabilidad para las personas jurídicas, y en vez de una sanción penal

7 POZO Juan Francisco, (2018) *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*, 1ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, pág. 66

8 LÓPEZ, Antonio, (2018) Ob. Cit. pág. 106

9 ZUGALDIA, José, (2013) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en los entes sin personalidad y de sus directivos*, España, 2013, pág. 64.

10 ARAUJO, Paulina, (2014) *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador, la responsabilidad de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*, 1ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, pág. 77.

11 ARAUJO, Paulina, (2014) Ob. Cit., pág. 77

admite la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad basadas principalmente en criterios de prevención.¹²

Por otra parte, autores como Tiedemann, plantea el concepto de culpabilidad desde el defecto de organización, basado en que la persona jurídica al recibir el mandato de determinación, se le exige que se organice implementando medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de ilícitos por parte de sus miembros¹³. De esta manera, organizarse correctamente es un deber de la persona jurídica misma y no únicamente de las personas. Tal culpabilidad de la agrupación no es idéntica a la culpabilidad cumulativa constituida por la adición de las culpas personales. Tampoco está basada, o no solamente, en la imputación de la culpabilidad de otro. Reconocer en derecho penal la culpabilidad social de la empresa, solo significa reconocer, de una parte, las consecuencias de su realidad social y, de otra parte las obligaciones correspondientes a sus derechos.¹⁴

Esta teoría del defecto de organización, ha sido cuestionada al requerir para su aplicación una conexión entre el delito de la persona física para transferir responsabilidad penal a la persona jurídica; evidenciándose un modelo vicarial. Para Paulina Araujo, el defecto de organización se sustenta en que la persona jurídica no responde simplemente porque la persona física haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión.¹⁵ Con esto la ley enfrenta formalmente a la persona jurídica en su posición de garante de vigilancia y organización.¹⁶

Dejando sentado que en el Ecuador, la normativa penal adquirió el principio de la responsabilidad dual o vicarial, y si bien, la responsabilidad penal es independiente entre la persona física y jurídica, procesalmente hablando no es factible vincular a la persona jurídica a un proceso penal, si no tengo como sujeto activo a una persona física, en los términos del inciso primero del Art. 49 del COIP; y siempre que, de la conducta de la persona física se derive en un beneficio a la empresa o a sus socios.

En este sentido, en el Ecuador en el mes de mayo de 2019 la Asamblea Nacional aprobó una propuesta de reforma al Art. 49 en la que proponía agregar de manera directa en este artículo “el defecto de organización como eje para su imputación”, sin embargo, esta no fue tratada en el proyecto del mes de septiembre de 2019, y en consecuencia no forma parte de las reformas introducidas al COIP vigentes desde junio de 2020.

Autoría y participación

Desde la doctrina existen dos posiciones y estas son analizadas desde la participación criminal y el rol de cada uno de los sujetos activos en la comisión de la conducta ilícita empresarial, la responsabilidad de los directivos o representantes legales, no puede ser igual a la de sus subordinados.

12 BACIGALUPO, Silvina, (1998) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, 1ra. Edición, España pág. 160 - 168.

13 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2009), *Bases de un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, tercera edición, España, pág. 311

14 TIEDEMANN Klaus, Responsabilidad de las personas jurídicas / http://pers.unifr.ch/derecho_penal_assets/files/anuario/an_1996_07.pdf

15 ARAUJO Paulina, (2014) *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador, Responsabilidad de las Personas Jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones; Primera Edición, Ecuador, pág. 72

16 HERNANDEZ H, (2008) Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa, Revista de Estudios de la Justicia No. 10, pág. 175 a 198.

Así, para algunos juristas existen dos vertientes, la posición de garante que surge de un deber jurídico extrapenal o de aquella que nace de su dominio de organización. En el primer caso encontramos a Tiedemann, Vogel y Sánchez Álvarez, citados por Paulina Araujo, quien sostiene que la posición de garante se funda en el deber de actuar alineado expresamente por el Derecho Mercantil, aunque estas normas se encuentran fuera del ámbito penal, son las que permiten hablar de un delito perpetrado en la modalidad de comisión por omisión, toda vez que todos los miembros de una empresa asumen un rol de protección.¹⁷

En el segundo grupo encontramos a Frish y Schünemann, quienes sostienen la posición de garante del directivo en el poder de dirección empresarial que obliga de suyo al consejero a evitar todas aquellas fuentes de peligro que la empresa o los subordinados pudieran originar.¹⁸ Para Schünemann lo trascendental no sólo es la pertenencia del consejero a la élite directiva, "sino el dominio sobre el origen del resultado".¹⁹ Para Paulina Araujo, los directivos o consejeros de la persona jurídica tienen dos deberes, el de vigilar determinadas fuentes de peligro (deberes de aseguramiento y de domino) y, el deber de proteger determinados bienes jurídicos frente a los peligros que los amenazan (deberes de custodia).²⁰

En cuanto a los subordinados, o autores materiales, que ejecutarían lo convenido por el órgano máximo de decisión y que formalmente se constituirían en autores materiales del delito, los criterios doctrinarios son varios y están orientados a excluir la responsabilidad penal siempre que se demuestre que el operador al dar el cumplimiento a las órdenes del superior jerárquico, no tenía conocimiento de la ilicitud de la conducta, lo que permitiría incluso afirmar que no pueda ser visto como el protagonista principal del hecho, a pesar de que su acción sea la gestora de la vulneración del bien jurídico.²¹

Para Schünemann, se debe individualizar al órgano executor desde la división del trabajo y funcionamiento empresarial en donde el subordinado que realiza el acto de ejecución, en la mayoría de veces no tiene capacidad de resistencia sobre sus superiores y de las decisiones antijurídicas de la cúpula.²² Por otra parte: Roxin, Martínez y Pérez Cepeda sostienen que el subordinado debe responder dado que su participación se configura como un caso de autoría material.

Para Araujo, la responsabilidad de los miembros de un órgano colegiado surge cuando se comienza a ejecutar la decisión previamente acordada, por tanto lo que procede es analizar el grado de participación de los directivos, es decir si deben responder como coautores directos, coautores mediatos, instigadores o simples partícipes de los ejecutores de la decisión.

Otro factor importante y que lo desarrolla Ana Pérez es la participación de los mandos intermedios encargados de la transmisión a los subordinados de la orden delictiva, respondiendo como cooperador necesario cuando posea una capacidad de decisión respecto a poder o no interrumpir la transmisión de la orden. Para esta autora si carece de este poder de decisión debe responder en un grado de complicidad, tomándose siempre en cuenta que, mientras los mandos medios más se acerquen a la cúspide, su conducta será más reprocha-

17 ARAUJO Paulina, Ob. Cit., pág. 115

18 Ibidem.

19 SCHÜNEMANN B, (1998) Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, pág. 539 a 540

20 ARAUJO Paulina, (2014) Ob. Cit., 118

21 ARAUJO Paulina, (2014) Ob. Cit., pág. 121

22 SCHÜNEMANN B, (1998) Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, pág. 533

ble a la del ejecutor inmediato y no podría calificarse como un mero ayudante indirecto, sino de un cooperador necesario.²³

Ahora bien, en el Ecuador los grados de participación de las personas se encuentra determinado en el Art. 42 y 43 del COIP; en el primer caso existen tres modalidades de autoría: directa, mediata y coautoría; que en concordancia con el artículo 49 *ibídem*, llevan a concluir, que la premisa rectora de la participación criminal de la persona jurídica es: “La responsabilidad en calidad de coautor del dirigente de la empresa en base a la autoría material del subordinado (ejecutor).”²⁴

Esta teoría es sustentada por Jescheck, quien sostiene que el carácter común de la decisión respecto a la realización del hecho viene dado por la pertenencia a la organización. El director responderá como coautor aunque su contribución no sea formalmente en el marco de la acción típica, si ha sido parte necesaria para la ejecución global del plan delictivo.²⁵

Para Maurach, existe coautoría en razón de la división de trabajo tendente a un resultado, donde cada uno de los agentes tiene el dominio del hecho respecto a la totalidad de la conducta ilícita, de ahí, que no es necesario que todos los elementos típicos sean llevados a cabo por todos los sujetos, siendo suficiente que realicen acciones necesarias para que el delito se configure.²⁶

Estos criterios concuerdan con el artículo 42 numeral 2 literal b) del COIP, tomando en consideración que en la cúspide empresarial de la que nace el plan delictivo, son autores mediatos, dado que ordenan la comisión de la infracción valiéndose de otras personas, imputables o no, mediante orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto, así como por el abuso de autoridad que propicia a que un tercero cometa la infracción, aunque esta no pueda calificarse como irresistible²⁷ y con el literal d) *ibídem*, que refiere como autoría mediata a: “Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.”

Por su parte los subordinados que con conciencia y voluntad ejecutan el plan delictivo de los órganos de decisión, responderán como autores directos, por ser: “Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata”, según el Art. 42 numeral 1; mientras que los directivos de las empresas y los subordinados se configura la coautoría del numeral 3 *ibídem*, que dice: “Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.”

Y en el numeral 1, literal b) del artículo 42 *ibídem*, estarían los subordinados que delinquen y los directivos de la persona jurídica que no tomaron las medidas para evitar la infracción. Estableciendo que la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Ecuador, según el inciso segundo del artículo 49 del COIP: “es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.” Es decir, no se puede transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, si se desconoce al verdadero autor del delito, (directivo o subordinado) ni mucho menos vincular a una persona natural con la conducta delictiva empresarial por el simple hecho de pertenecer a la empresa o actuar a su nombre.²⁸

En esta misma línea, del análisis de los Arts. 49 y 50 del COIP, se determina que están directamente relacionados en cuanto a determinación de responsabilidad penal en ambos ar-

23 PEREZ Cepeda, (1997) *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, CEDEC, Barcelona, pág. 413

24 ARAUJO Paulina, (2014) *Ob. Cit.*, pág. 110

25 JESCHECK, Hans.,(2003)*Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares*, Cuarta Edición pág. 611

26 MAURACH Reinhart y otro, (1995) *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Segunda Edición, Editorial Astrea, pág. 370

27 ARAUJO, Paulina, (2014) *Ob. Cit.*, pág. 130 -131

28 ARAUJO, Paulina, (2014), *Ob. Cit.*, pág. 128

títulos existe una coexistencia de imputación conjunta, aunque independiente y autónoma de la persona jurídica y natural en el escenario de un mismo injusto penal. Para el jurista ecuatoriano López, en estos parámetros siempre vamos a tener que realizar una dicotomía de la responsabilidad penal, la una hacia la persona jurídica que es de naturaleza autónoma e independiente, y la otra por su tipicidad, individual, antijuricidad accionada con voluntad y conciencia.²⁹

Medidas cautelares y consecuencias penológicas de las personas jurídicas

Medidas cautelares para las personas jurídicas

Los Arts. 519 y 549 del COIP, determinan medidas cautelares o de protección, así como medidas sobre bienes aplicables a la persona natural o jurídica tenemos: (1) secuestro, (2) incautación, (3) retención; y (4) prohibición de enajenar bienes. Estas medidas si bien no son específicas para la persona jurídica por su redacción: *“La o el juzgador podrá ordenar las siguientes medidas cautelares sobre los bienes de la persona natural o jurídica procesada.”* Se asume que son aplicables a la persona jurídica.

Por otra parte, el artículo 550 ibídem, enumera medidas cautelares específicas: *“Medidas cautelares para personas jurídicas”*, siendo: (1) Clausura provisional de locales o establecimientos, (2) suspensión temporal de actividades de la persona jurídica, (3) intervención por parte del ente público de control competente; además refiere que la intervención se podrá disponer previo informe del interventor.

Desglosando el Art. 550 del COIP se llega a determinar que la medida cautelar contenida en el numeral 1, *“Clausura provisional de locales o establecimientos”*, y la pena impuesta para las personas jurídicas contenida en el numeral 3 del Art. 71 ibídem, *“Clausura temporal o definitiva”* tienen cierta similitud; precisando que para la imposición como medida cautelar la clausura siempre será provisional; mientras que, para su imposición como pena tendrá criterios propios de determinación por parte del órgano jurisdiccional; la segunda medida *“suspensión temporal de actividades”*, recae en una medida cautelar y a mi criterio sería la única que se podría solicitar; y la tercera medida que al parecer es la menos lesiva para la persona jurídica, cae en el ámbito administrativo sancionatorio y no penal, trasgrediendo la seguridad jurídica y el principio de legalidad de la administración pública contenidos en los Arts. 82 y 226 de la CR; y que podrían acarrear consecuencias económicas para la persona jurídica, con efectos nefastos en el caso de ratificarse el estado de inocencia.

Así mismo, el Art. 551 del COIP, contiene medidas cautelares relacionadas a la propiedad financiera y patrimonial: *“La o el fiscal solicitará a la o al juzgador la adopción de medidas cautelares destinadas a inmovilizar los bienes, fondos y demás activos de propiedad o vinculados o que estén bajo el control directo o indirecto de personas naturales o jurídicas (...)”* Medidas cautelares que tienen como finalidad garantizar la reparación integral a la víctima (Art. 519 núm. 4 COIP).

Consecuencias penológicas

En el Ecuador, las penas de las personas jurídicas son específicas y se encuentran establecidas en el Art. 71 del COIP, así: (1) multa, (2) comiso penal, (3) clausura temporal o definitiva

²⁹ LÓPEZ, Antonio, (2018) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el nuevo paradigma de la legislación ecuatoriana*, 1ra Edición, Editora Jurídica Cevallos, Ecuador, pág.109

de locales o establecimientos según la gravedad de la infracción o el daño causado, (4) realizar actividades comunitarias, (5) remediación integral de daños ambientales, y (6) disolución de la persona jurídica, en el caso de personas extranjeras liquidación de su patrimonio mediante procedimiento legalmente previsto, en este caso, no habrá lugar a recontractación o reactivación de la persona jurídica; y (7) prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente de acuerdo a la gravedad de la conducta.

Es decir, las penas únicamente se reducen al pago de multas, clausura temporal o definitiva y extinción de la persona jurídica; evidenciándose que ha sido determinada en un contexto general y no individual, siendo necesario aplicar criterios de ponderación y graduación desde el flujo del negocio de la empresa y el incremento de su patrimonio en el periodo investigado previo a dictar una pena; y, en cuanto, a la reparación integral el Art. 77 del COIP, en el inciso final incorporado mediante reforma de junio de 2020, no especifica de manera puntual a la persona jurídica, únicamente hace referencia a “las personas” condenadas con sentencia ejecutoriada por delitos como cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo quienes responderán inclusive con sus bienes; en este caso, desde el ámbito procesal el órgano jurisdiccional necesariamente al momento de dictar sentencia a la PJ, tendrá que aplicar derechos reconocidos a favor de la víctima desde el ámbito internacional y que se encuentra recogidos en el Art. 78 CR.

Otro factor determinante al momento de dictar una pena constituyen las atenuantes y agravantes, contenidas en Art. 44 del COIP que dice: “*Para la imposición de una pena se consideraran las atenuantes y agravantes previstas en este Código (...)*”, En el caso de las PJ en los delitos de cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo, la norma no determina atenuantes, hecho que si ocurre en los delitos ambientales, debiendo entonces desde el ámbito procesal aplicar el principio de unidad e indivisibilidad, por cuanto, en materia de derechos y garantías procesales la constitución y la ley no hace diferencia entre la persona natural de la persona jurídica, más aún cuando el Ecuador en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica ha adoptado un modelo de heteroresponsabilidad o vicareal.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas como respuesta al incremento de la corrupción pública.

En el Ecuador durante los últimos años desde la praxis se evidencian varios casos que tienen como factor determinante la participación de funcionarios del Estado, así, el 16 de octubre de 2019, quedó ejecutoriada la sentencia dictada en contra de un ex vicepresidente de la República del Ecuador, por el delito de asociación ilícita.

Este proceso penal exteriorizó actos de corrupción entre funcionarios públicos y representantes de empresas constructoras entre ellas Odebrecht, adjudicatarias de contratos para la ejecución de obras de infraestructura en los sectores estratégicos del Ecuador, que eran adjudicados, previo ofrecimiento y entrega de dádivas, dones o presentes, iniciándose procesos judiciales por delitos de tráfico de influencias, cohecho peculado.

Siendo uno de los casos emblemáticos el denominado caso “sobornos 2012 – 2016”, que tuvo como partícipes del delito de cohecho, a un ex presidente y vicepresidente de la República del Ecuador, ministros, asambleístas, secretarios de estado, gobernadores, asesores; y como cohechadores a los representantes legales, accionistas mayoritarios o apoderados de varias empresas nacionales y extranjeras de reconocida trayectoria.

Del análisis de la teoría fáctica de la fiscalía general del Estado y de la prueba practicada se llegó a demostrar que existían unos archivos en excel denominados “archivos verdes” en donde se registraban:

EMPRESAS MD

NOMBRE	VALOR TOTAL OFRECIDO	VALOR EN FACTURAS	SALDO EN FACTURAS	EFFECTIVO RECIBIDO	OBSERVACIONES
Equitesa /PEVE RDU	500.000	470.000	246.589.87	30.000	Ofreció concretar el martes 16 de octubre de 2012. Entregado 30.000 21.11.2012

Fuente Fiscalía General del Estado, Informe Pericial No. CNCMLCF-LCCF-Z9-IF-2019-1091-OF, pág. 53672 – Elaboración propia

Del análisis de este cuadro y que motiva el presente trabajo académico, se evidenció que las empresas contratistas del Estado, formaban parte de un sistema estructurado de sobornos a funcionarios públicos, contando inclusive con un riguroso registro de ofertas y entregas de sobornos en efectivo o a través de un mecanismo de cruce de facturas que consistía en que la persona jurídica pagaba los servicios contratados por el movimiento político del gobierno de turno; y en el desarrollo de la audiencia de juicio se llegó a demostrar el registro de la factura tanto en los archivos verdes, como en la contabilidad de la empresa, por eso, parte de la teoría del caso que la Fiscalía propuso fue que se trataba de un caso de cohecho con factura.

Sin embargo, desde el ámbito procesal existió un obstáculo legal para vincular a la persona jurídica, por cuanto en el Ecuador se incorporó la responsabilidad penal de la persona jurídica a partir del mes de agosto de 2014, y respecto de un catálogo cerrado de delitos, ajenos a la Eficiencia de la Administración Pública, como ya quedo referido.

Generalidades

Ante el incremento de los casos de corrupción pública que trasgrede el bien jurídico Eficiencia de la Administración Pública, mediante reforma incorporada en el COIP a partir del 14 de febrero de 2018, se incorporó la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos de cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo. Sin que exista una definición de corrupción en la normativa ni en la doctrina ecuatoriana, esto, a decir de Francisco Nieto, en diversos países no es posible desarrollar en forma satisfactoria un concepto unívoco de la corrupción, por cuanto, existen diferentes factores como las costumbres, la coyuntura de cada país, los presupuestos ideológicos, la situación social y económica, por citar algunos.³⁰ Por esta razón, desde el ámbito procesal se acogen los criterios determinados en la Convención de Mérida, tanto en su conceptualización como en su clasificación.

Cohecho

30 Nieto, Francisco, (1994) *Desmitificando la corrupción en América Latina*, Revista Nueva Sociedad No. 194, Corrupción y Política en América Latina, Caracas, pág. 55.

El presente estudio toma como punto de partida la tipificación del delito de cohecho a partir del Código Penal de 1971, constante en los Arts. 285, 286, 287, 288, 289 y 290 existiendo diversas modalidades de cohecho, normativa que estuvo vigente hasta el mes de agosto de 2014, y posteriormente en el artículo 280 del COIP, cómo un delito bilateral o de doble vía, en el que dos sujetos el cohechador (cohecho activo) y el cohechado, (cohecho pasivo) ejecutan simultáneamente la conducta típica.

Esta figura punitiva fue elevada a rango constitucional permitiendo sancionar por el delito de cohecho desde la Constitución de 1978 en el Art. 59, a las máximas autoridades del Poder Ejecutivo, Presidente y Vicepresidente; la constitución de 1998 en el Art. 73 a los secretarios de Estado; y la Constitución del 2008 en el Art. 233 incorporó la responsabilidad de todos los servidores públicos extendiendo la participación en este delito a los particulares, en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, determinándolo como un delito imprescriptible y de juzgamiento en ausencia, encontrándose tipificado en la actualidad en el COIP así:

“Art. 280.- Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos”.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos *unificados del trabajador en general*.”

Para el jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, el delito de cohecho es un acto antijurídico que necesariamente para su consumación debe contar con la voluntad de dos agentes, el corruptor o activo, que es el particular que propone al funcionario público la actuación a base de precio o recompensa; y el corrompido, o pasivo que es quien recibe o acepta la propuesta.³¹

En el mismo sentido, el profesor Zavala, refiere: “el cohecho es un delito bilateral por el que un particular, por medio de promesas o dones logra que el empleado público, o el encargado de un servicio público, traicionando sus deberes de probidad y de fidelidad para con el Estado ejecute, incitado por dichos dones o promesas, actos propios de su empleo, aunque

31 ZABALA, Baquerizo Jorge (1981), Alegato Penales. Tomo I, pág. 30

sean justos dentro de su competencia.”,³² construido desde sus elementos objetivos de la siguiente manera:

Elementos objetivos del delito de cohecho - Art. 280 COIP

Sujeto activo – calificado	<ul style="list-style-type: none"> Las o los servidores públicos, personas que actúen en virtud de una potestad estatal - cohecho pasivo Cualquier persona - Persona natural o jurídica (2018) – cohecho activo (Art. 233 CR - extraneus)
Sujeto pasivo – calificado	El Estado - Art. 225 CR
Bien jurídico tutelado	Eficiencia de la Administración Pública
Verbo rector	<ul style="list-style-type: none"> Recibir o aceptar - cohechado Ofrecer, dar o prometer – cohechador
	Cohecho pasivo:
Elementos valorativos	<ul style="list-style-type: none"> Actuar en virtud de una potestad estatal Beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero. Sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones. Cohecho activo: <ul style="list-style-type: none"> Donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material. Para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito.
Sanción Persona jurídica A partir de febrero 2018	<ul style="list-style-type: none"> Disolución y liquidación Pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general. (400 USD SBU)

De este análisis, se desprende que el inc., primero y el quinto se complementan en su redacción, superando el primer elemento de tipicidad objetiva como es la calidad de sujeto activo del delito de cohecho.

Ahora bien, desde el análisis subjetivo la responsabilidad penal de la persona jurídica constante en el Art. 49 del COIP, y aplicado al delito de cohecho tipificado en el Art. 280 ibídem, se puede concluir que es aplicable bajo un modelo de heteroresponsabilidad o vicareal cuya imputación se sustenta en la transferencia de la conducta típica, antijurídica y culpable de la persona física a la jurídica, por cuanto no se cuenta con un procedimiento propio que determine la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la persona jurídica.

En este sentido, desde la praxis a la presente fecha, no existen precedentes jurisprudenciales que permitan tener una visión más clara en la determinación de RPPJ, esto, por cuanto, la mayoría de las causas por el delito de cohecho se encuentran tramitando en la vía jurisdiccional, con la normativa anterior, en aplicación del principio de legalidad sustantiva contenido en el Art. 73.7 de la CR, en concordancia con el Art. 16.1 del COIP, lo que deja grandes disconformidades en la ciudadanía ecuatoriana, ya que, las empresas corruptoras que ya han sido plenamente identificadas, han cambiado a sus directivos o subordinados vinculados a actos de corrupción; y aún mantienen contratos con el Estado, y en otros casos, siguen concursando para hacerse de nuevas adjudicaciones de contratos.

32 ZABALA, Baquerizo Jorge (1981) Ob. Cit., pág. 30

Tráfico de Influencias

Es un tipo penal que se encuentra tipificado desde el Código Penal de 1971, como una modalidad menor de peculado y en concordancia con el artículo 233 CR, era considerado imprescriptible, de juzgamiento en ausencia y permitía extender la participación de la infracción a un particular; y a partir del mes de agosto de 2014, se incorporó en el Art. 285 del COIP, como un delito independiente, dejando de ser imprescriptible, de juzgamiento en ausencia, y según su nueva redacción, este sólo permite sancionar al servidor público, así lo sostiene el jurista Richard Villagómez: “el delito conocido anteriormente como peculado menor sufrió un cambio al nombre de tráfico de influencias y ese se convirtió en un delito autónomo dejando de ser forma de peculado”.³³

Esta nueva denominación a “tráfico de influencias” desde el ámbito procesal presenta grandes inconvenientes de aplicación por cuanto su redacción es ambigua:

“Art. 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito”.

Del análisis de los elementos objetivos se evidencia la ambigüedad en la redacción del tipo penal, por cuanto, en sus cuatro incisos no se considera a la persona jurídica como sujeto activo en el delito, así en el inc., tercero, únicamente se determina la responsabilidad a partir de la imposición de una sanción, sin que exista un puente de comunicación entre la persona física y la persona jurídica, en el resultado de la acción que produce el acto lesivo, antijurídico y culpable. Esta afirmación se efectúa al amparo del principio de legalidad; y el num. 2 del Art. 13 del COIP dice: “los tipos penales y las penas se interpretaran en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma”. Siendo un delito especial, que solo puede ser cometido por el funcionario público, y su extensión al particular a partir de la reforma del COIP del 2018, se efectuaría únicamente como extraneus.

Sin embargo de ello, no existe antecedente jurisprudencial de condena a la PJ, por este delito, por el contrario, bajo el principio de legalidad y la prohibición de interpretación extensiva contenida en el numeral 3, Art. 13 COIP, que dice: “Queda prohibida la interpretación

33 VILLAGÓMEZ, Richard (2015) El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal, Quito – Ecuador.

Elementos objetivos del delito de tráfico de influencias - Art. 285 COIP

Sujeto activo – calificado	<ul style="list-style-type: none"> Las o los servidores públicos Las personas que actúen en virtud de una potestad estatal Vocales o miembros de los organismos del Estado o del sector público en general
Sujeto pasivo – calificado	El Estado - Art. 225 CR
Bien jurídico tutelado	Eficiencia de la Administración Pública
Verbo rector	Ejercer influencia
Elementos valorativos	<p>Inciso 1</p> <ul style="list-style-type: none"> En otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de tercero Prevaliéndose de las facultades de su cargo De cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica. <p>Inciso 2</p> <ul style="list-style-type: none"> Aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, Se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas En contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.
Sanción Persona jurídica A partir de febrero 2018	<ul style="list-style-type: none"> Disolución y liquidación Pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general. (400 USD SBU)

de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar...”, desde el ámbito procesal en causas de grave connotación política o mediática la acusación fiscal, no logra superar la barrera de la primera fase de la Audiencia de Evaluación y Preparatoria del Juicio, relacionada con el saneamiento del proceso, en donde se declara el auto de sobreseimiento al considerar que la PJ no es sujeto activo del delito, causa No. 17294-2019-00130, Sobre este particular, aún no hay un antecedente que haya llegado a conocimiento de la Corte Nacional de Justicia, o que se haya elevado a consulta al Pleno de la Corte Nacional.

Testaferismo

En el Ecuador, inicialmente se encontraba tipificado en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, e incorporado en el COIP, en el Art. 289, dentro del catálogo de delitos contra la Eficiencia de la Administración Pública, como un delito autónomo, sin embargo, en su redacción en el inciso 1 y 2 se evidencia un laso de conexidad con el delito de enriquecimiento ilícito, sea éste público o privado, así:

“Art. 289.- Testaferismo.- La persona que consienta en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen, producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público o producto del enriquecimiento privado no justificado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

En caso de establecerse responsabilidad de personas jurídicas serán sancionadas con su extinción y multa de multa (sic) de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general. (...)"

Elementos objetivos del delito de testaferrismo - Art. 289, inc. 1 y 2 COIP

Sujeto activo	La persona (cualquier persona, natural o jurídica)
Sujeto pasivo – calificado	El Estado
Bien jurídico tutelado	Eficiencia de la Administración Pública
Verbo rector	Consentir, aparentar
Elementos valorativos	<ul style="list-style-type: none"> • bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen. • Producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público. • Producto del enriquecimiento privado no justificado.
Sanción Persona jurídica A partir de febrero 2018	<ul style="list-style-type: none"> • Extinción • y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general (400 USD)

De este análisis, el tipo penal como sujeto activo únicamente considera a **la persona que consienta en aparentar como suyo** el patrimonio obtenido de manera ilícita por el servidor público, esto, pese a que la CR en el inc. 3 del Art. 231 dice: *“Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.”*, esto con el fin de identificar el patrimonio ilícito. Sin embargo, al momento de determinar la responsabilidad del funcionario público o corruptor la excluye.

Por otro lado, el inc. 3 del Art. 49 del COIP dice: *“No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.”* En el caso en concreto, el delito de testaferrismo se incorporó dentro del catálogo de delitos en contra de la EAP al considerar que era el resultado de la comisión de otros delitos como cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, en el que el funcionario público utiliza o crea empresas familiares de derecho privado para ser utilizadas como testaferras. Ahí la importancia de que se incorpore al dominus como sujeto activo del delito y que en sede procedimental las dos responsabilidades tanto de la persona natural sea pública o privada; así como la jurídica sean valoradas de manera independiente, previa a la determinación de una sanción o la imposición de una pena.

Conclusiones:

De este análisis crítico, se concluye que la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra la Eficiencia de la Administración Pública, y específicamente en el delito de cohecho tipificado en el Art. 289 COIP, es completamente viable, pese a que aún no exista un precedente jurisprudencial.

Que el delito de tráfico de influencias tipificado en el Art. 285 *ibídem*, desde el análisis de tipicidad objetiva contiene en su redacción imprecisiones que no permiten vincular a un proceso penal a la PJ, esto en virtud de que el derecho penal ecuatoriano, se sustenta en el principio de legalidad en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes (Art. 82 CR), existiendo prohibición expresa en materia penal de interpretación extensiva (Art. 13 COIP); sin que, a la presente fecha se cuente con un precedente jurisprudencial de condena a la PJ, o que en su lugar, ante la duda se haya elevado a consulta a la Corte Nacional de Justicia.

Y por último, el delito de testaferrismo tipificado en el Art. 289 *ibídem*, desde su análisis de tipicidad objetiva, la RPPJ es aplicable en el Ecuador, tanto más que su tipificación en el catálogo de delitos contra la EAP, es el resultado del cometimiento de otros delitos que se derivan de la corrupción entre ellos el cohecho. Existiendo aún reparos en cuanto al sujeto activo, por cuanto, en su redacción se excluye al funcionario público, y respecto del cual ya se han presentado proyectos de reforma ante la Asamblea Nacional. Precisando que desde el año 2018, no existe un precedente jurisprudencial de condena a la persona jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO, Paulina; (2019) *Consultor Penal-COIP*, 4ta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador.
- ARAUJO, Paulina, (2014) *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador, la responsabilidad de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*, 1ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador.
- BACIGALUPO, Silvina, (1998) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, 1ra. Edición, España.
- GOMEZ, Jara, (2006) *La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos*. JESCHECK, Hans. (2003) *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comares, Cuarta Edición.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, (1958) *Principios del Derecho Penal: La Ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.
- HERNANDEZ H, (2008) Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa, *Revista de Estudios de la Justicia* No. 10.
- LÓPEZ, Antonio, (2018) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el nuevo paradigma de la legislación ecuatoriana*, 1ra Edición, Editora Jurídica Cevallos, Ecuador.
- MAURACH Reinhart y otro, (1995) *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Segunda Edición, Editorial Astrea.
- MARTÍNEZ, Víctor, (2019) *Responsabilidad de las personas jurídicas. La doctrina Societas delinquere non potest*, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay.
- NIETO, Francisco, (1994) *Desmitificando la corrupción en América Latina*, *Revista Nueva Sociedad* No. 194, *Corrupción y Política en América Latina*, Caracas.
- PEREZ Cepeda, (1997) *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, CEDEC, Barcelona.
- POZO Juan Francisco, (2018) *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*, 1ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador.
- SCHÜNEMANN B, (1998) *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*.
- TIEDEMANN Klaus, *Responsabilidad de las personas jurídicas* / [http://pers.unifr.ch/derecho penal assets/files/anuario/an_1996_07.pdf](http://pers.unifr.ch/derecho%20penal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf)
- ZUGALDIA, José, (2013) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en los entes sin personalidad y de sus directivos*, España, 2013.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2009), *Bases de un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, tercera edición, España.

VILLAGÓMEZ, Richard (2015) El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal, Quito – Ecuador.