



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

“Principio de Igualdad Frente a la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica”

**Trabajo de Graduación previo a
la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de
Justicia de la República**

AUTOR:

CARLOS EDUARDO HERMIDA SALAZAR

DIRECTOR:

AB. JUAN CARLOS SALAZAR ICAZA

**CUENCA – ECUADOR.
2016**

AGRADECIMIENTOS

En este trabajo quiero agradecer a mis padres, Wilson Hermida y Ximena Salazar, quienes me han brindado su apoyo incondicional en cada momento, no solamente en el ámbito estudiantil, sino también como verdaderos maestros en mi vida; y a mi tío, Juan Carlos Salazar, a quien considero mi mentor, en el Derecho y, al igual que mis padres, en la vida.

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi abuelo, Eduardo Salazar Pacheco, tú que hoy deambulas por los caminos sempiternos de la eternidad, espero pronto volver a verte, y de tu mano, me lleves una vez más a pasear.

Contenido

AGRADECIMIENTOS	2
DEDICATORIA	3
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO 1.- PERSONA JURÍDICA	9
1.1 ORIGEN Y CONCEPTO	9
1.2 TEORÍAS DE LA PERSONA JURÍDICA.	13
1.2.1 Teoría de la Ficción.	13
1.2.2 Teoría de la Realidad	15
1.2.3 Teoría del Patrimonio Colectivo	15
1.2.4 Teoría del Patrimonio de Afectación	16
1.3 PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO Y DE DERECHO PÚBLICO.	16
Persona Jurídica de Derecho Privado	17
Persona Jurídica de Derecho Público.....	24
1.4 REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.	30
1.5 RELEVANCIA DEL ANALISIS DE LA PERSONA JURÍDICA.....	31
CAPÍTULO 2.- LA ACCIÓN DEL HOMBRE FRENTE A LA TEORÍA DEL DELITO.	32
2.1 REFERENCIA A LA TEORÍA ESTRUCTURAL DEL DELITO	32
2.2 ACCIÓN.....	34
2.3 TIPICIDAD	46
2.4 ANTIJURIDICIDAD	54
2.5 CULPABILIDAD	59
2.6 DOCTRINAS A FAVOR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	66
CAPÍTULO 3.- PRINCIPIO DE IGUALDAD.	72
3.1 NOCIONES GENERALES.....	72
3.2 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN NUESTRO SISTEMA.	76
CAPÍTULO 4.- REGULACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	82
4.1 REDACCIÓN DEL ART. 49 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.....	82
4.2 SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	87
4.3 DELITOS EN LOS QUE PUEDE INCURRIR LA PERSONA JURIDICA	89

CONCLUSIONES	93
Bibliografía	97

RESUMEN

El presente trabajo busca revisar y analizar la nueva normativa penal, a la luz de sus disposiciones y de sus principios rectores, contraponiendo aquellos artículos que tratan sobre la teoría del delito reconocida por el Código Orgánico Integral Penal, frente a aquella que dispone la responsabilidad penal de la persona jurídica de derecho privado, todo ello sobre la base del principio de igualdad, para llegar a conclusiones lógicas, que nos permitirá determinar si de hecho, se afecta al principio mentado o si existe una justificación detrás de la redacción del artículo revisado.

Palabras claves: normativa-penal-principios-artículos-igualdad-responsabilidad-persona-jurídica

ABSTRACT

This research work aims to review and analyze the new penal legislation under its provisions and guiding principles, in contrast to those articles that deal with the theory of crime recognized by the Integrated Criminal Code, against the one that provides for the criminal liability of the legal person under private law; all these based on the principle of equality, so as to arrive to logical conclusions that will allow us to determine whether in fact, it affects the mentioned principle or if there is a justification behind the wording of the revised article.

Keywords: normative-penal-principles-articles-equality-responsibility-person-legal




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

A raíz de la publicación en el Registro Oficial No. 180, de fecha 10 de febrero de 2014, del Código Orgánico Integral Penal, y cumplido el tiempo previsto en la disposición final, entró en vigencia una nueva normativa penal, que introdujo varios conceptos, que no los encontrábamos antes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, entre ellos, la responsabilidad penal de persona jurídica, empero se prevé únicamente aquello para las personas morales de derecho privado, situación que nos llama de sobremanera la atención, pues, no solamente se encuentra en discusión la posibilidad de si una persona jurídica puede ser o no responsable penalmente, sino además, que no se toma en cuenta dentro de esta regulación a las personas jurídicas de derecho público, y lo que nos lleva al desarrollo de este trabajo es determinar si de hecho existe una razón para hacerlo o, se trata de una arbitrariedad por parte del legislador ecuatoriano, quebrantando el principio de igualdad reconocida en nuestra Constitución actual.

Durante el desarrollo de este trabajo realizaremos un análisis exhaustivo de la institución de la persona jurídica como tal, además de revisar nuestro ordenamiento jurídico, de la mano con la doctrina, en cuanto se regula a la persona jurídica en nuestro sistema, y no solamente aquello, sino también desentrañaremos los conceptos penales de nuestra legislación a la luz del Código Orgánico Integral Penal, y, partiendo de ese examen, revisaremos el principio de igualdad reconocido constitucionalmente, a fin de determinar si existe o no una afección al principio mentado, y posteriormente concluir con un estudio de la parte positiva de nuestra norma punitiva, esto es, la redacción del Art. 49, las sanciones a la persona jurídica y los delitos por lo que puede ser responsable a fin de establecer, como ya lo advertimos, si existe o no una justificación para que las personas morales de derecho

público no se encuentren dentro de la hipótesis punitiva, imposibilitándoles de responder penalmente por una acción típica antijurídica y culpable que nuestro Código prevé.

CAPÍTULO 1.- PERSONA JURÍDICA

1.1 ORIGEN Y CONCEPTO

Antes de comenzar a desarrollar el concepto de persona jurídica, resulta imperioso conocer su origen y su evolución histórica, a fin de comprender el alcance de esta concepción de la ley, pues “el sistema jurídico ha debido reconocer, junto a la existencia de las personas naturales, la existencia de otros entes denominados PERSONAS JURIDICAS” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.), ello tiene fundamento en la necesidad del ser humano; “las personas naturales deben unirse a otras para progresar, aspirar al bien común. Puede ocurrir que un conjunto de personas formen un todo orgánico, que comienza a demostrar su propia individualidad, diferente de la de cada uno de sus integrantes. Se formará así un nuevo ente, capaz de contraer derechos y obligaciones, denominado persona jurídica” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.).

Su origen, se remonta al Derecho Romano, en concreto a la Ley de las XII Tablas, en aquel entonces eran consideradas como personas morales, “que no tienen existencia material, sino que solo son ficciones jurídicas o abstracciones” (Morales A., s.f.); es importante destacar lo que el Dr. Jorge Morales plasma en su cátedra, pues asegura que esta “personalidad moral” pertenecía a las asociaciones o reuniones de personas “con intereses comunes como el Estado, las Corporaciones, como a las obras, a los establecimiento de utilidad pública o de beneficencia tales como los Templos, los hospicios, los asilos y las Iglesias” (Morales A., s.f.).

Siguiendo la línea del Dr. Jorge Morales, aquél establece que existió un período en el que todas aquellas personas morales que existieron en esa época en Roma, se constituyeron por ellas mismas, empero, al fin del período de República, se mezclaron con asuntos políticos, y se suprimieron varias de ellas, y con ello nació un principio: “una persona moral solo podía formarse en virtud de una autorización dada por una ley, un senadoconsulto o una constitución imperial” (Morales A., s.f.); quizá, con este hecho, se dio origen a lo que hoy constituye la formación de las Empresas Públicas.

Con patrimonio propio, los bienes eran propiedad de la persona colectiva, ello incluía créditos y también deudas, a las cuales, cada uno de sus miembros quedan ajenos sin posibilidad de ser perseguidos en sus bienes de índole personal.

Es importante señalar que, así como lo es hoy en día, el ejercicio de los derechos de la persona moral estaban a cargo de un curador, llamado “actor, syndicus o magíster” (Morales A., s.f.).

Todo esto formaba parte de las características de la persona colectiva en aquel entonces, muy similar a las regulaciones de la persona jurídica en nuestra legislación, y nos permite entender la razón de ser de las leyes civiles y mercantiles en torno a la persona moral en el Ecuador actual.

Empero, la evolución de la persona jurídica continúa, pasando por la Edad Media, en donde, en el Derecho Feudal, las corporaciones y los gremios cobraban vital importancia, “al punto que no era posible ejercer un oficio sino en el marco de una corporación, rígidamente jerarquizada” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.).

Durante la Revolución Francesa, se fragmenta el corporativismo, con la expedición de la ley Chapelier con la “abolición de los gremios y corporaciones, proclamándose la libertad del trabajo, sin obligación de pertenecer a estos organismos”, aunque posteriormente y progresivamente se fueron “rehabilitando en la consideración política y jurídica, los gremios y corporaciones, aceptándose la existencia de las fundaciones y corporaciones como manifestación del derecho de asociación” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.), sin embargo, en aquella época, era necesaria la autorización del Estado para su constitución, e inclusive, imperiosa también era demostrar su utilidad pública, es diáfano, luego de revisar la historia de las personas jurídicas, que el Estado, se preocupa de que aquellas estén bajo su tutela y regulación, pero además, se establece ya, la manera de constituir, como ya se lo expresó en el párrafo anterior, las empresas públicas, mediante los mecanismos que prevé la ley y, por su puesto, justificando su utilidad pública, tópico que lo abordaremos con mayor detalle más adelante, al establecer las diferencias y similitudes entre la persona jurídica de derecho privado y derecho público.

Toda vez que hemos agotado la revisión del origen y evolución histórica, y hemos comprendido el ser de las personas jurídicas, compete analizar su concepto, propuesto por varios doctrinarios, y, como no puede ser de otra manera, el concepto legal que establece nuestro Código Civil.

Para Alessandri, “cuando un fin social, que viene a satisfacer necesidades de carácter más o menos permanente, no puede conseguirse con las fuerzas individuales de un solo hombre y exige la cooperación de varios, se forman entes más o menos complejos por la reunión de varios seres humanos o la destinación de un patrimonio a dicho fin, a estos entes creados por

la necesidad, se les reconoce una individualidad propia, que los hace sujetos de derechos.”
(Morales A., Derecho Civil de las Personas, 1992)

Ruggiero por su parte, establece que las personas morales son “una colectividad disciplinada de personas y bienes que tienen finalidad estable, permanente y a quien la autoridad le ha reconocido capacidad en materias de derechos patrimoniales.” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.); sin embargo, Roberto de Ruggiero realiza un análisis más extenso de la Persona Jurídica, para él, “ya no es toda reunión de personas o todo conjunto de bienes destinados a un fin, sino una unión tal que dé vida a una unidad orgánica, a un ente en el que el Estado reconoce una individualidad propia distinta de las individualidades de las personas que componen el cuerpo colectivo o lo administran o a las cuales son destinados los bienes. Cuando una necesidad humana, un fin de carácter permanente o duradero que no puede conseguirse fácilmente con las fuerzas y actividad de uno solo, determina a varios a unirse y cooperar o impulsar a alguien a destinar para su realización de modo permanente un conjunto de bienes, se origina con la intervención del Estado un nuevo sujeto de derecho que, como la persona física, resulta centro de una serie de relaciones jurídicas” (Rojina Villegas, 1986) y amplía su concepto “Persona jurídica puede ser, pues, definida como toda unidad orgánica de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales” (Rojina Villegas, 1986)

Savigny propone un concepto un poco más pragmático, al decir que las personas jurídicas son “seres creados artificialmente, capaces de poseer bienes, de tener patrimonio.”
(Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.)

La definición legal en nuestro Código Civil, la encontramos en el Art. 564, en donde el legislador ecuatoriano la define como “*una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (...)*”. (Código Civil, Actualizado a agosto de 2011).

Una vez que tenemos distintas concepciones de persona jurídica, es necesario proponer un concepto propio, y mantenernos con aquél hasta la culminación de este trabajo, aunque quizás no tan profundo o pragmático como lo hemos revisado, pero si un tanto práctico para nuestras aspiraciones, así diremos que, persona jurídica, es un ente que nace de una ficción legal, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, distinta de las personas naturales que la componen.

Agotado el tema del origen y el concepto de la persona jurídica, compete pasar al siguiente tópico, esto es, las diferentes teorías que tratan de explicar la naturaleza de la persona jurídica.

1.2 TEORÍAS DE LA PERSONA JURÍDICA.

Comenzamos a desarrollar este tema, no sin antes advertir que, se abordarán tanto las doctrinas que aceptan a la persona jurídica, cuanto aquellas que niegan su existencia.

1.2.1 Teoría de la Ficción.

O llamada también Ficto Juris, “esta teoría parte del supuesto que el derecho subjetivo es un poder atribuido a una voluntad” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.); “parte de sostener que las personas jurídicas no son entidades reales, sino que su existencia es una ficción construida por el ordenamiento jurídico sobre la base de razones de utilidad” (Zavala Egas, 2011); para esta doctrina, solo existen personas naturales, siendo la persona jurídica únicamente un instrumento “técnico-jurídico cuya existencia depende únicamente del

Derecho” (Zavala Egas, 2011), y siendo las personas naturales, los únicos capaces de adquirir derechos, empero, Savigny, uno de los defensores de esta teoría, expone que el derecho, está facultado, y puede alterar esta concepción del hombre, otorgando capacidad jurídica a las personas jurídicas; es fácil notar que, esta teoría la sigue nuestro Código Civil, al conceptualizar a las personas morales como **entes ficticios** (el subrayado me pertenece), capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Sin embargo, y centrándonos en la problemática planteada, al recoger esta teoría, se reconoce a la persona jurídica como una ficción, independiente de las personas que la componen (más adelante se tratará este tema, cuando se analice a la persona jurídica de derecho privado y su regulación en el Código Civil, Código de Comercio y Ley de Compañías del Ecuador), así, nuestro Código Civil regula de excelente manera la responsabilidad civil por los delitos y cuasidelitos, en el Art. 2216: *“Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.*

El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo está obligado hasta lo que valga el provecho” (Código Civil, Actualizado a agosto de 2011), y en el Art. 2219 Ibidem, cuando habla de la capacidad delictual: *“No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; **pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia (...)**”* (Código Civil, Actualizado a agosto de 2011) (el subrayado me pertenece), recordando que el mismo Código, reconoce a la persona moral como un incapaz relativo, son así relativamente incapaces: “los menores adultos; los que se hallen en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas”, “la Ley, determina las formalidades a que deben sujetarse a estas personas en la celebración de los actos jurídicos (...) son exigidas en

consideración al estado o calidad de las personas” (Morales A., Derecho Civil de las Personas, 1992); siguiendo esta línea, la persona moral siempre necesitará de representación, y puede actuar solamente a través de ésta o de las personas que la componen, y de acuerdo a lo revisado en los artículos que disponen la responsabilidad civil, en relación al Art. 1463, la persona jurídica no puede ser responsable por delitos o cuasidelitos cometidos por las personas naturales que forman parte de ella, sin embargo, en nuestro Código Orgánico Integral Penal, por delitos cometidos, dentro de los supuestos de las personas que forman parte de la persona moral, puede ser responsable penalmente, situación que, sin lugar a duda, será tratada con detenimiento más adelante.

1.2.2 Teoría de la Realidad

También denominada como teoría organicista, asemeja a la persona jurídica no como un ente ficticio, sino como una entidad individual social, una realidad objetiva, tratándose de verdaderos órganos sociales, “Se vincula esta teoría con la concepción orgánica de la sociedad, que reconoce la existencia de múltiples órganos intermedios, entre el Estado y el individuo. Uno de tales, es la persona jurídica.” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.); “considera que las personas jurídicas son entes con existencia real. Su singularidad se establece en torno a la idea que poseen una voluntad propia” (Zavala Egas, 2011); esta doctrina tiene como máximo exponente a Otto Von Gierke.

1.2.3 Teoría del Patrimonio Colectivo

Esta doctrina es de aquellas que se opone a la existencia de las personas jurídicas, cuyo máximo exponente resulta ser Planiol, quien, en su teoría plasma: “la idea de la personalidad ficticia es una concepción simple, pero superficial y falsa” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.), no desconoce que se trata de una entidad colectiva, pero, para este

autor, los únicos titulares de los derechos son los hombres, y agrega que “bajo el nombre de personas jurídicas o civiles, hay que entender la existencia de bienes colectivos, en el de formas o masas distintas, poseídas por grupos de hombres más o menos numerosos y substraídas al régimen de la propiedad individual. Por consiguiente, estas pretendidas personas no existen ni aun de manera ficticia” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.).

1.2.4 Teoría del Patrimonio de Afectación

Esta es enunciada por Brinz y Bekker, juristas alemanes, que consideran “que los derechos y las obligaciones no tienen necesariamente por base a las personas.” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.), de esta manera, pueden existir patrimonios sin dueño, “basados en la afectación a un fin único de todos los bienes que forman parte de ellos” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.); esta doctrina, aunque opuesta a la de Planiol, es también contraria a la existencia de la persona jurídica como tal.

En nuestra legislación, como ya fue anotado en líneas anteriores, se aceptan las teorías que aceptan la existencia de la persona moral, principalmente la de la ficción, que es recogida en nuestro Código Civil.

1.3 PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO Y DE DERECHO PÚBLICO.

Para fines de este trabajo, resulta imperioso hacer una distinción entre persona jurídica de derecho privado y de derecho público, con el objetivo claro de encontrar sus similitudes y sus diferencias, contrastarlas y poder contar con una sólida base que nos permita arrojar una conclusión lógica y concisa.

Persona Jurídica de Derecho Privado

Dentro de esta clasificación de las personas jurídicas, es necesario diferenciar, aquellas que, en su formación, vienen intrínsecos la finalidad de lucro, y aquellas que no, es decir, no tienen fines de lucro; en el segundo caso, se clasifican en Corporaciones y en Fundaciones; empero, en el primer caso, de acuerdo a su objeto social, civiles o comerciales (mercantiles).

Persona Jurídica sin Fines de Lucro

A las Corporaciones, el autor Rojina Villegas (1986), las define como “la reunión más o menos permanente de dos o más individuos, con un fin lícito, que no sea preponderantemente económico. La asociación constituye una persona jurídica (...)” (Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto, 1986), ello nos lleva a concluir que, se trata de una persona moral, que nace de un contrato.

El autor citado, considera a la asociación como el género, y corporación como especie, empero incurre en un error, que más adelante, al revisar las fundaciones, lo mencionaremos; sin embargo, continuando con lo expuesto, esta posición del doctrinario, de considerar de la manera en que lo hace a la asociación y a la corporación, se torna clara cuando amplía su concepto: “hemos definido la asociación como una corporación de derecho privado dotado de personalidad jurídica” (Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto, 1986), es diáfano su planteamiento, no obstante, lo que nos interesa de aquella definición es, como no podría ser de otra manera, que las asociaciones tienen personalidad jurídica, deben ser representadas y, sobre todo, característica fundamental, es distinta de sus socios.

En el párrafo anterior hacíamos referencia a un error del profesor Villegas al confundir asociación como género y corporación como especie, por decirlo de laguna manera, ya que,

radica una diferencia fundamental, pues, mientras en las asociaciones únicamente es necesario “la unión estable de un conjunto de personas que pretenden fines ideales y no lucrativos” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.); las fundaciones “se compone de una masa o conjunto de bienes destinados por la voluntad del fundador o fundadores a un fin determinado de interés general.” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.); mas bien, deberíamos tomar a las asociaciones y corporaciones como sinónimos, pues comparten las mismas características, así, toda corporación es asociación, pero no toda asociación es fundación. Mientras que, para las corporaciones es necesaria la reunión de personas, en la fundación, lo fundamental resulta los bienes para la formación de la misma.

“La diferencia fundamental entre corporaciones o asociaciones y fundaciones no está entonces en sus fines, que pueden ser similares, sino que reside en que las primeras tienen como elemento básico un conjunto de personas, mientras que en las fundaciones el elemento básico es la existencia de un patrimonio o conjunto de bienes destinados a la obtención de un fin” (Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña, s.f.).

Si bien es simplemente un repaso general de los temas tratados, resultan importantes, como ya lo habíamos plasmado anteriormente, porque nos permitirán encontrar las similitudes y diferencias con las de derecho público que nos permita llegar a una conclusión.

Persona Jurídica con Fines de Lucro

Sociedad Civil

En el supuesto de que se trate de una sociedad civil, su Institución y su regulación la encontramos a partir del Art. 1957 del Código Civil de nuestro país, norma que reza:

“Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.” (Código Civil, Actualizado a agosto de 2011)

Villegas Rojas (1986) considera al contrato de sociedad civil como “una corporación privada, dotada de personalidad jurídica, que se constituye por contrato celebrado entre dos o más personas, para la realización de un fin común. Lícito, posible y preponderantemente económico, mediante la aportación de bienes o industria, o de ambos, siempre y cuando no lleve a cabo una especulación comercial, di adopte forma mercantil”

Para el tratadista Planiol, sociedad civil es: “un contrato por el cual dos o varias personas convienen en formar un fondo común mediante aportaciones que cada una de ellas debe proporcionar, con el objeto de dividirse los beneficios que de ello pueden resultar” (Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto, 1986)

Si bien es cierto, resulta bastante simplista la definición de nuestro Código Civil, empero, logra englobar los elementos necesarios para comprender la naturaleza de la sociedad civil, además, complementado con las definiciones de variados doctrinarios, podemos tener una visión clara del contrato de sociedad civil.

Su importancia radica en el nacimiento de una persona jurídica a la existencia legal, ya que, de acuerdo a nuestro Código Orgánico Integral Penal, también podría ser responsable penalmente por el accionar de quienes la conformar, a pesar de que, tanto en la doctrina cuanto en la norma, se reconoce la personalidad jurídica y que aquella es distinta a la de sus socios, ello no solo tiene implicaciones de índole personal, sino patrimonial, e inclusive, penal, como más adelante lo expondremos.

Sociedad mercantil

Como lo habíamos enunciado antes, las personas jurídicas de derecho privado, con fines de lucro, dependiendo de su objeto social, será civiles o comerciales, en este caso mercantiles; y para su revisión, imperioso es analizar la definición legal, dada por la Ley de Compañías de nuestro país, que es la encargada de regular estas instituciones.

El Art. 1 de la Ley de Compañías reza: *“Contrato de Compañías es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”* (Ley de Compañías, Actualizado a 2016)

Tal como manifiesta el Dr. Carlos Ramírez (2004), de aquel concepto, podemos rescatar algunas características:

En primer lugar, “la compañía es un contrato. (...) La legislación ecuatoriana sigue la corriente contractualista y ello tiene importantes efectos jurídicos” (Ramírez Romero, 2004); continúa el citado autor, “la compañía fundamentalmente es una asociación de personas. (...)Que las personas unen sus aportaciones, que pueden consistir en capitales o industrias”, y finalmente, “esta asociación de personas se hace para emprender en

operaciones mercantiles (...) todo ello conlleva a participar de utilidades” (Ramírez Romero, 2004).

De la definición, y de lo anotado por el Dr. Ramírez, varios elementos pueden ser extraídos, es necesario aporte, debe existir una asociación de personas, debe tener fines de lucro, etc.; sin embargo, lo que nos interesa en este acápite, son los atributos de la personalidad jurídica, formada por la existencia de las sociedades o compañías.

Entre ellas encontramos nombre, domicilio y patrimonio, que resultan ser a la vez requisitos en la escritura de constitución de una compañía, empero, nos queda por enunciar la representación legal, tema tan importante, que será tratado como tópico propio más adelante en este capítulo.

Entre las distintas sociedades que pueden surgir de este contrato, encontramos que las más importantes son las siguientes:

- Compañía Anónima
- Compañía de Responsabilidad Limitada
- Compañía Mixta
- Compañía Colectiva
- Compañía en Comandita

De las cinco enunciadas, nos concentraremos en las tres primeras, pues son, las más frecuentes en nuestro país y las que representan especial interés en el presente trabajo.

Compañía Anónima

“La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, formado por la aportación de los accionistas, mediante suscripción pública o en forma directa por los fundadores, quienes responden únicamente por el monto de sus acciones; y, cuya administración esta desligada de la titularidad del capital y corresponde a mandatarios amovibles, accionistas o no.” (Ramírez Romero, 2004).

La definición dada por el Dr. Ramírez nos permite rescatar la característica más importante para los fines que persigue este trabajo; es así que, cuando establece que los accionistas responden únicamente por el monto de sus acciones y cuya administración está ligada a mandatarios, se reconoce la personalidad jurídica de la compañía anónima, siendo ésta distinta a sus socios, con un patrimonio propio administrada por uno de ellos o por una tercera persona, situación que, sin duda, nos aclara el panorama al comenzar a notar que, las compañías tienen personalidad jurídica con características que recoge nuestra legislación al adoptar la teoría de la ficción.

Compañía de Responsabilidad Limitada

Continuando con la línea investigativa del Dr. Ramírez, éste define a esta clase de compañía como aquella “que se conforma con la participación de tres a quince socios que responden por las obligaciones sociales solamente hasta el monto de las aportaciones individuales, cuyo capital dividido en cuotas no puede constituirse ni aumentarse mediante suscripción pública, ni sus participaciones negociarse libremente, y que, opera bajo razón social o denominación objetiva” (Ramírez Romero, 2004).

Una vez más, logramos divisar la separación de la personalidad jurídica de la compañía y la personalidad de sus socios, ya que estos, solo responden hasta el monto de sus aportaciones; es completamente necesario insistir varias veces en este mismo asunto pues, una de las vertientes de la problemática, se refiere precisamente a la situación de la persona jurídica con respecto a quienes la componen.

Compañía de Economía Mixta

Finalmente, llegamos a revisar la compañía de economía mixta, imperioso hacerlo pues, existen muchas confusiones en cuanto a su naturaleza, por el origen de su capital; es así, que esta compañía es considerada, desde el punto de vista jurídico, como “una modalidad de la compañía anónima, en la que siempre concurrirá el aporte del sector público y del sector privado. (...) surge para promover la participación del Estado en la inversión en áreas en las que el sector privado no pueda hacerlo sin el concurso del sector público” (Ramirez Romero, 2004).

Al estar regulada por la Ley de Compañías, la convierte en una persona jurídica de derecho privado, aún teniendo aportes estatales, de lo contrario, si fueran una empresa pública (como se las denomina en nuestro país), no respondería por los delitos previstos para la persona jurídica en el Código Orgánico Integral Penal, empero, como lo hemos establecido, si puede ser responsable.

Hemos concluido con el análisis de las personas jurídicas de derecho privado en el Ecuador, si bien, puede parecer algo repetitivo, no es menos cierto que este acápite nos permite tener una amplia concepción acerca de las personas jurídicas de derecho privado, y ello nos lleva a cuestionarnos, lo que más adelante, trataremos a profundidad, ¿Cómo pueden

ser penalmente responsables las personas jurídicas?, es verdad que esta pregunta puede traer consigo tantas respuestas cuantas nuevas interrogantes, pues, de lo revisado, la persona jurídica es distinta a las personas naturales que la componen, fuese equívoco, a primera vista, pensar que ella pueda responder penalmente por un accionar (posteriormente dedicaremos un capítulo entero a la acción del hombre como base de la teoría del delito), de una persona natural que forma parte de ella, mas aún, cuando, la persona jurídica, necesita de representación para actuar, tanto judicial y extrajudicialmente.

Sin embargo, nos compete ahora analizar la persona jurídica de derecho público, tomando como base al Estado, de allí partiremos a un análisis de quienes se encuentran dentro de la categorización de derecho público, para comprender, como ya lo habíamos establecido, las similitudes y diferencias con las personas jurídicas de derecho privado, y comprender la razón, si la hay, de la diferenciación entre derecho privado y derecho público en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Persona Jurídica de Derecho Público

Ahora, es el turno de las personas jurídicas de derecho público, como bien lo anunciábamos anteriormente, tomaremos como base el Estado, pues no existe mayor escaño, en lo que a este trabajo respecta, que aquél, pues de éste nacen todas las instituciones de derecho público, incluidas, las empresas públicas EP, que están reguladas, como veremos más adelante, por una ley distinta a la Ley de Compañías, lo que marca una de sus diferencias, empero, una de las principales, sería la conformación del capital que, indudablemente, debe ser totalmente público.

El Estado como Persona Jurídica

El estudio de la personalidad jurídica del Estado, tiene su origen en la escuela alemana, conocida como la Escuela de Derecho Público Germana, la considera como “algo inexcusable para explicar los derechos públicos subjetivos” (Zavala Egas, 2011); esta corriente, tiene como exponentes a Albrecht y Maurenbrecher, pues consideran que, no existía otra manera de relacionar al Estado, con las personas naturales, que resultaban titulares de esos derechos, si el primero, no tenía calidad de persona jurídica.

Por su parte, García de Enterría, niega rotundamente la existencia de la personalidad jurídica del Estado, y expone: “si la personalidad general del Estado no es sostenible en el Derecho Público, fuera del orden jurídico internacional, en donde los diversos Estados se enfrentan y se relacionan entre sí como totalidades o globalidades, hay que decir que el dogma de la personalidad jurídica cuadra perfectamente a una de las partes del Estado, a la Administración... los actos administrativos, los contratos administrativos, los procesos contencioso-administrativos, las ejecuciones administrativas no son comprensibles siquiera si no se imputase, ya no al Estado, que es otras muchas cosas, como sabemos, y que no admite a los ojos de los juristas una determinación imprecisa, sino a la Administración como sujeto de distintas relaciones jurídicas de amplia variedad” (Zavala Egas, 2011).

Para el autor citado, no existe personalidad jurídica del Estado, sino de la Administración, y lo asemeja como un sujeto de relaciones, capaz de interactuar con los administrados, en contratos, ejecuciones, y demás actos que nacen de la Administración pública, dotándole de personalidad jurídica distinta a la del Estado, empero, como veremos más adelante, en nuestro país, los preceptos que dotan a la Administración Pública con la calidad jurídica que establece García de Enterría no significa que sea distinto al Estado.

Sin embargo, es por demás interesante lo que plasma el autor, acerca de los atributos de la Administración Pública como persona jurídica, pues dice: “La Administración es una organización instrumental cuya personificación no requiere mística alguna; actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula con los contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los tribunales. En realidad está personalizada como veste última de su organización, con toda evidencia” (Zavala Egas, 2011).

Traemos a colación aquello porque, como veremos más adelante, es innegable la existencia de la personalidad jurídica del Estado, y por tanto, todas las nociones que establece García de Enterría para la Administración Pública son aplicables al Estado, y, para lo que al desarrollo de este trabajo respecta, nos debemos concentrar en la responsabilidad que tiene de los daños que puede ocasionar, pudiendo aquel daño se originarse de una decisión de un acto administrativo ordenado o ejecutado por un servidor público, por la simple acción u omisión de un funcionario, y que, así mismo, es enteramente justiciable ante los tribunales. Por supuesto que el autor, en este tópico, se refiere a la responsabilidad administrativa del Estado, consiguiendo la declaratoria respectiva y la posterior indemnización a través de un proceso contencioso administrativo, empero podemos pensar que no existe razón alguna para no aplicar esta concepción al campo penal, si las personas de derecho privado pueden ser responsables, no existiría, con lo revisado hasta este punto, razón alguna para que aquellas de derecho público no se encuentren dentro de los tipos penales del Código Orgánico Integral Penal; tema éste que lo ahondaremos con más detalle.

En el Ecuador, el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en su Art. 3, dispone: “*La Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Sus órganos dependientes o adscritos tendrán solo las respectivas competencias asignadas*” (ERJAFE, Actualizado a 2016), podríamos pensar, a raíz de una apresurada lectura, que el ERJAFE, coincide con el postulado de García de Enterría, considerando a la Administración Pública distinta al Estado, empero, si realizamos una interpretación sistemática del Estatuto, encontramos que en el Art. 9, al hablar de la organización del Estado, lo considera a éste como uno solo, con varios escaños de organización: “*La Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única. Las entidades de la Administración Institucional de la Función Ejecutiva gozan de propia para el ejercicio de sus competencias.*” (ERJAFE, Actualizado a 2016); como lo establece el Dr. Zavala Egas, “es decir, todos esos órganos ordenados bajo el principio de subordinación al superior actúan, ejercen actividad con una sola personalidad jurídica que es la del Estado” (Zavala Egas, 2011).

Fuese equívoco pensar que Administración y Estado son dos entidades diferentes, por lo tanto, se confirma lo que hemos manifestado hasta este punto, el Estado tiene personalidad jurídica, no solo por la necesidad que conlleva, sino porque la misma ley así lo establece, y, de esta forma, como lo exponía García de Enterría, es plenamente justiciable ante los tribunales; creemos, no solamente en procesos contencioso administrativos, sino también, penales.

Zavala Egas, como lo anotábamos en el párrafo anterior, desarrolla el tema de la personalidad jurídica del Estado, y su responsabilidad, desde el punto de vista administrativo, así lo indica al decir: “En el Ecuador, el centro final de la imputación de los actos sujetos al Derecho Administrativo es la persona jurídica Estado” (Zavala Egas, 2011), dicho esto,

confirmamos lo que presentábamos anteriormente, el Estado puede ser responsable, y es centro de imputación por el accionar de cualquiera de sus órganos o instituciones en el ejercicio de funciones públicas; sin embargo, también es posible pensar que puede ser responsable penalmente.

Las Empresas Públicas.

Las Empresas Públicas en el Ecuador se encuentran reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP); en dicha ley, encontramos una definición de lo que debemos entender por Empresa Pública, en su Art. 4, norma que reza: *“Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, **personas jurídicas de derecho público**, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestarias, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que correspondan al Estado”* (Ley Orgánica de Empresas Públicas, Actualizado a 2016) (el subrayado me pertenece).

El artículo citado se limita a definir lo que debe entenderse por empresa pública para fines de esa Ley, empero, lo que realmente nos interesa es que se le concede la calidad de persona jurídica de derecho público; situación que no se pone a tela de duda pues es la Ley Orgánica la que le otorga esa calidad.

Existen diferencias con la persona jurídica de derecho privado, pues, mientras en compañías y sociedades de derecho privado, se necesita un acuerdo de voluntades y formalidades que establece la ley (escritura pública), para las empresas públicas dependerá

si nacen de la Función Ejecutiva, a través de un decreto ejecutivo, si nace por mandato de la ley o, si tiene su origen en una escritura pública debido a que se constituye entre los gobiernos gobiernos autónomos descentralizados y la Función Ejecutiva.

Las Empresas Públicas están conformadas por una gerencia general, con los requisitos, prohibiciones e inhabilidades que prescribe la ley, y un directorio, conformado por un delegado del Presidente de la República, el Ministro o Ministra de la rama correspondiente o un delegado, y un titular del organismo nacional de planificación o su delegado; sus trabajadores serán contratados mediante un sistema de contratación pública y estarán bajo la tutela de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), mas no bajo el Código de Trabajo como sucede en las compañías y sociedades de derecho privado.

Si bien son acotaciones estrictamente legales, estimamos que son suficientes pues, de la manera en que se planteó el objetivo, lo que se busca con esto es encontrar las diferencias que existen entre las personas jurídicas de derecho privado y de derecho público; tomado en cuenta también al Estado, es por ello que, de lo revisado, podemos decir sin miedo a equivocarnos que, si bien existen diferencias en cuanto a su conformación y funcionamiento, no encontramos divergencias sustanciales, que permitan sostener una concepción distinta para un régimen penal diferenciado a las personas jurídicas de derecho privado de las de derecho público, ello con base a lo analizado en doctrina y a la ley, que no establecen razón alguna para considerar que el Estado, sus órganos y sus instituciones, no puedan ser responsables penalmente, tópico que resulta repetitivo, empero, en extremo necesario para desarrollar las conclusiones en el presente trabajo.

1.4 REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.

Llegamos al último punto a tratar dentro de este capítulo, la representación de la persona jurídica, para esto, debemos recordar lo que exponíamos cuando hablábamos de las teorías de la persona jurídica, sobre todo la de la ficción, propuesta por Savigny, y recogida por nuestro sistema.

En la teoría de la ficción, o llamada también Ficto Juris, no se considera una existencia real a la persona jurídica, sino, como una ficción, creada por el legislador para satisfacer necesidades de las personas naturales, que, por sí solos, no pueden realizarlas, teoría esta se encuentra prevista en el Art. 564 de nuestro Código Civil, como bien lo establecíamos en el momento oportuno.

Dicho esto, es necesario recordar que, el mismo Código Civil, reconoce a la persona jurídica como un incapaz relativo, y a serlo, es necesario que sea representada, tanto judicial cuanto extrajudicialmente, ello, no es ajeno a lo que se ha desarrollado durante este trabajo.

Ahora bien, hemos establecido la imperiosa necesidad de representación de la persona jurídica, no solo legalmente para litigios, sino también para poder accionar, a través de sus representantes, en el mundo exterior; sin embargo, es en este punto que nos detendremos para hacer un análisis, si bien es cierto con más profundidad más adelante, con el objetivo de finiquitar este capítulo con bases sólidas para poder avanzar.

Al poder actuar solamente a través de un representante, es lógico que el derecho, fije responsabilidades a la persona jurídica, en el área civil y administrativa, de carácter patrimonial, pues se entiende que la persona natural, actúa en nombre de la jurídica, aún

siendo distintos el uno del otro; sin embargo, a la luz de la teoría del delito que recoge nuestro Código Orgánico Integral Penal, teniendo al hombre como base de la acción y de la teoría del delito, surge una interrogante, ¿es coherente establecer responsabilidad penal a la persona jurídica por el accionar de una persona natural?, no podemos obviar el hecho que, no solamente habla del representante legal la norma punitiva, sino se refiere a una amplia gama de personas naturales que, por su accionar, pueden hacer penalmente responsable a una persona jurídica; pero si la persona moral, por si sola no puede actuar, y necesita de una persona natural para hacerlo y para que la represente, ¿puede cometer delito?, interrogantes éstas que intentaremos responder más adelante.

1.5 RELEVANCIA DEL ANALISIS DE LA PERSONA JURÍDICA

No podríamos continuar con el desarrollo del presente trabajo, sin antes justificar la relevancia del presente capítulo, pues, a primera vista, resulta extraño hablar de la persona jurídica, enfocándonos en temas civiles, societarios y públicos sin haber tratado temas penales, punto central de esta investigación.

Ello encuentra fundamento en la necesidad de comprender a cabalidad esta institución de nuestro derecho, su evolución, regulación y demás por menores, con el objeto de, más adelante, ligarlo al tema penal, cuando toquemos la responsabilidad penal de la persona jurídica, y concretamente si, al circunscribir la responsabilidad penal de una persona moral a aquellas de derecho privado, se rompe o no con el principio universal de igualdad, tema éste que abordaremos en el capítulo siguiente y en las conclusiones.

CAPÍTULO 2.- LA ACCIÓN DEL HOMBRE FRENTE A LA TEORÍA DEL DELITO.

2.1 REFERENCIA A LA TEORÍA ESTRUCTURAL DEL DELITO

Para poder desarrollar el segundo capítulo de una manera correcta, es necesario hacer una breve referencia a la teoría de delito, a fin de comprender todos los planteamientos doctrinarios, en base de cada uno de los elementos de la teoría del delito, a saber: Acto, Típico, Antijurídico y Culpable.

Debemos empezar aclarando que, el concepto estructural del delito surgió a medida que el derecho penal evolucionaba, nos encontramos en un primer peldaño con el concepto lógico del delito, “implica que es una construcción racional, con el fin de poner límites al poder punitivo del Estado, entendido éste desde la perspectiva de un Estado de Derecho, además de lograrse una aplicación racional de la ley.” (Donna, 2008).

Bien lo establece Jiménez de Asúa, cuando toma por referencia el concepto dado por el Código Penal español, chileno y el mexicano (aclarando que, las definiciones corresponden al año 1999), y nos dice que: “como toda definición del delito es siempre o casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada nuevo descubre. Decir del delito que es un acto penado por la ley (...) y añadir que es la negación del derecho, supone hacer un juicio a posteriori, por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido” (Jiménez de Asúa, 1999), es decir, se trata de una tautología, que nada tiene que aportar a una concepción determinada.

Varias concepciones diferentes se dieron a medida que el derecho penal avanzaba, tenemos el concepto técnico de Carrara que expone, el delito es “la infracción de la ley del

Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable o políticamente dañosos” (Jiménez de Asúa, 1999), aquí nace la noción de delito como ente jurídico.

Sin embargo, y con una revolución positivista de por medio, se llega a un concepto dogmático del delito, es decir, se elabora un concepto de delito conforme a las exigencias de la doctrina, y llegamos al concepto estructural del mismo, dada por la Teoría General del Delito, cuya primera tarea es, a decir de Muñoz Conde, “dar un concepto de delito que contenga todas las características que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena (...), la Dogmática jurídico-penal ha llegado a la conclusión de que el concepto del delito responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano, y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad, el segundo, culpabilidad o responsabilidad” (Muñoz Conde, 2000).

Si tomamos lo que expone Maurach, al hablar de los sistemas teóricos contemporáneos, “el fundamento del delito está constituido por la acción. En este sentido, es capaz de cometer acción toda persona, sin consideración de su capacidad de imputabilidad; de tal modo, ésta pasa a ser un presupuesto de la acción a uno de culpabilidad. Para el derecho penal solo es relevante una acción que sea antijurídica y típica.” (Maurach, 1994).

Frente a lo expuesto, podemos elaborar un concepto, si bien simplista aunque necesario, de delito, a fin de poder avanzar en el desarrollo de este capítulo, y señalaremos que delito, es todo acto, típico, antijurídico y culpable; en un primer plano, acción, tipicidad y

antijuridicidad, se referirán al juicio de desvalor del hecho, y culpabilidad, juicio de desvalor sobre el autor.

Con esto concluimos la referencia, necesaria, a la Teoría del Delito en cuanto se refiere al concepto estructural del mismo, para ahora sí avanzar a analizar los elementos que nos interesan para los objetivos de este trabajo.

2.2 ACCIÓN

Comenzamos con el primer escaño dentro de la estructura de la Teoría del Delito, siendo este la acción, tomando en cuenta que funge como base de la Teoría del Delito y, para su desarrollo, vamos a citar varios autores a fin de contar con la carga doctrinaria suficiente y poder vislumbrar su concepción y su alcance para fines de este estudio, no sin antes señalar que, dentro de la acción, se trata también la omisión, empero, este último, no será revisado en este trabajo, ya que, para efectos de nuestro tema, la omisión no ocupa un lugar determinante que nos socorra en el análisis de la problemática planteada.

Para poder comprender la importancia de la acción en la Teoría del Delito y la de estudiar su concepto, debemos tomar en cuenta lo que nos dice Edgardo Donna, cuando, en cuatro apartados, caracteriza a la acción dentro de la estructura del Delito; considerando a ésta como objeto de la norma, base del delito, elemento de unión y límite al poder punitivo

Al hablar de objeto de la norma, Donna establece que “el Derecho Penal, pretende regular la conducta humana (...) el Derecho a través de sus normas, únicamente intenta prohibir o mandar acciones humanas, es decir, conductas que partan de la conciencia y voluntad del autor, comportamientos que como venimos afirmando sean propios del hombre, en el sentido de que sean por éste dominables. Suyos, en el sentido estricto de la

palabra” (Donna, 2008); para el autor, lo que le interesa al Derecho Penal, es regular la conducta humana, tal como lo establece en el párrafo citado; bajo esta perspectiva, y siguiendo siguiendo la línea del profesor Donna, fuese equívoco y contradictorio, para el Derecho, regular, con normas jurídicas, hechos y situaciones imprevisibles, casuales, meramente casuales o incontrolables, que se escapan de la esfera del actuar del hombre o dentro de los límites previsibles por aquel; “en pocas palabras, sería un Derecho inhumano, dirigido a procesos incontrolables” (Donna, 2008).

La acción es, sin lugar a duda, la columna vertebral de la Teoría del Delito, y concuerda Donna al establecerlo como la base misma del Delito, diciendo que, “la teoría del delito, en el fondo, es una teoría de imputación a la acción” (Donna, 2008), con ello quiere decir que, lo que busca la teoría del delito es determinar cuándo una acción, u omisión, tipificada en la norma penal, es imputable a su autor, tanto objetiva como subjetivamente, convirtiéndose en el cimiento para la teoría del delito. Para este autor, el delito no es más que “una acción-omisión a la que se le agregan ciertas exigencias o condiciones: tipicidad, antijuridicidad, para algunos atribuibilidad y la culpabilidad” (Donna, 2008), como vemos, es el concepto estructural del delito el que establece Donna, que ya lo habíamos propuesto anteriormente, teniendo como base la acción, confirmando la importancia que tiene y la necesidad, imperiosa, de estudiar el concepto de acción.

Continuamos con el análisis de la importancia que tiene el estudiar el concepto de acción, siguiendo la línea argumentativa de Donna, dicho sea de paso, fundamental para nuestro estudio pues, nos permitirá comprender a la acción en su conjunto, y entender la manera en que la recoge nuestro Código Orgánico Integral Penal, así vemos a la acción como elemento de unión o de enlace, pues, como habíamos visto anteriormente, Donna plantea al delito como

una acción-omisión a la que se le agregan ciertas exigencias o condiciones: tipicidad, antijuridicidad, para algunos atribuibilidad y la culpabilidad, y siendo de esta manera, la acción sirve como enlace para los demás elementos sucesivos dentro de la teoría del delito, así lo dice Roxin, citado por Donna: “la acción debe vincular o enlazar entre sí a todas las concretas categorías del delito, volviendo a introducirse en cada elemento de la estructura del delito y experimentando una caracterización cada vez más exacta mediante atributos adicionales” (Donna, 2008); sin embargo, se sostiene por parte de la doctrina que el concepto de acción debe ser neutral, es decir, que no conlleve caracterizaciones que deban ser analizadas en posteriores etapas de la estructura del delito, así el concepto de acción “debe poder “reflejar” lo que implica un delito, pero sin contener elementos de carácter normativo, que como tales deben ser analizados en las etapas sucesivas de la teoría del delito” (Donna, 2008); teniendo en cuenta aquello, y de la neutralidad del concepto de acción, es diáfano que este funge como elemento de unión, pues, no debiendo contener elementos normativas, éstos deberán ser analizados con posterioridad conforme se avance en el análisis de la estructura del delito, sirviendo la acción, no solo como base, sino también como enlace a los demás elementos de la teoría del delito.

Por último, expone Donna, la acción sirve como limitación al poder punitivo, cuyo concepto constituye “una manifestación clara de un sistema liberal de Derecho Penal, que pretende ser respetuoso de las garantías fundamentales del ciudadano (...) El concepto de acción significa que sólo ésta podrá ser castigada, esto es, se está adoptando un Derecho Penal de conducta, de acción” (Donna, 2008), de esta manera, la acción cumple con una función limitadora al poder punitivo del Estado, siendo un Derecho Penal de acción y no de conducta, que recae sobre el autor, práctica ésta de gobiernos autoritarios y totalitarios;

empero, para que pueda cumplir con esta función limitadora, es necesario que el tipo penal es el que debe respetar y acoplarse al concepto de acción y no a la inversa, interesante cuestión que nos plantea Donna, pues, en nuestra norma punitiva, parecería que sucede lo contrario, la acción debe ajustarse al tipo cuando en la ley penal, se regula la responsabilidad penal de la persona jurídica, ente incapacitado para actuar, y que lo tiene que hacer a través de personas naturales, que están descritas como sujeto activo de los delitos previstos en el Código, tema que merecerá el análisis respectivo más adelante.

Una vez que hemos establecido la necesidad de estudiar el concepto de acción, con todo lo que ello implica para nuestro estudio, es necesario tratar a la acción y su concepto como tal, aclarando que han existido varias doctrinas que intentan explicar la naturaleza de la acción, entre ellas, el causalismo (predominante en un punto de la evolución del Derecho Penal), el naturalismo, y el finalismo, por citar algunas, explicando que nos centraremos solamente en la última, pues, es esta teoría la que acepta nuestro Código.

Antes de analizar la teoría finalista, para conceptualizar a la acción, tomemos en cuenta lo que nos dice Muñoz Conde, “se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad.” (Muñoz Conde, 2000), como podemos notar, este concepto, bastante práctico, tiene tintes de la teoría finalista, que a continuación vamos a revisar.

Así tenemos a Hans Welzel, padre de la concepción finalista de la acción dentro del derecho penal, que revoluciona la concepción predominante antes de aquel, el causalismo, que Welzel la denomina “causalidad ciega”; para el autor citado, “acción humana es ejercicio de la actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final” no solamente “causal”. La “finalidad”

o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad” (Welzel, para Welzel, es el hombre, gracias a su saber causal, el único que puede exteriorizar su voluntad, final, a fin de realizar una acción que cause alteración en el mundo exterior, es por ello, que no es suficiente, para la Teoría del Delito, la intención de realizar una acción, sino, exteriorizarla, y para el autor citado, como ejercicio de la actividad final; actividad final que se refiere a “un obrar orientado conscientemente desde el fin” (Welzel, 1987), es decir, dirigido con un fin específico, gracias a que puede prever lo que su actuar puede generar en el mundo exterior.

Sobre esto, Welzel explica, ocurre en dos fases, la primera transcurre solamente en la esfera del pensamiento, con la anticipación del fin, es decir, lo que se propone la persona, la selección de los medios para alcanzar ese fin, y la consideración de los efectos concomitantes “que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin” continúa el autor, “este proceso mental no se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, sino hacia adelante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes” (Welzel, 1987); y la segunda fase, que se lleva a cabo en el mundo exterior, en el mundo real. “Es un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento. En la medida en que no se logra la sobredeterminación final en el mundo real -p. ej., cuando el resultado no se produce por cualquier razón-, la acción final correspondiente es sólo intentada” (Welzel, 1987).

Cerezo Mir, adopta una posición muy similar a la de Welzel, al decir que “acción es ejercicio de actividad finalista” (Cerezo Mir, 2006), así mismo defiende a la concepción finalista, utilizándola inclusive para justificar las circunstancias que excluyen a la acción, manifestando: “Si el Derecho parte de la concepción del hombre como persona, como ser responsable, se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana. Sólo la conducta finalista aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de valoración jurídica. Una conducta no finalista (como los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto, los movimientos durante el sueño –piénsese en el sonámbulo-, etc.) no puede ser considerada entonces como una conducta humana” (Cerezo Mir, 2006), inclusive para este autor, a su parecer, los conceptos dados por la teoría finalista de la acción son netamente neutrales, coincidiendo lo que anteriormente proponíamos con Edgardo Donna, que el concepto de acción debe ser neutral carente de elementos normativos.

Francisco Muñoz Conde, por su parte, pondera también esta teoría, ya lo veíamos cuando formulábamos su concepto de acción, con retazos de finalismo en ella; y bajo esta perspectiva, “no se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin” (Muñoz Conde, 2000), si bien puede parecer redundante, no es menos cierto que, caracterizar de esta manera a la acción, resulta de suma importancia para nuestro estudio, pues, es la teoría finalista que guía nuestra norma penal y nos tenemos que basar en ella, a fin de comprender el alcance de sus disposiciones.

Previo al desarrollo de lo que constituye el finalismo y su repercusión en nuestra legislación penal, resulta necesario revisar brevemente la teoría de la imputación objetiva en este punto, pues, fuese errado continuar si no establecemos primero la relación de causalidad en el finalismo y el problema de la persona jurídica.

Si nos referimos a la imputación objetiva, que nace de varias vertientes provenientes de autores como Larenz, Honing, e inclusive Roxin, debemos dejar sentado que, en aquella teoría, descansan varios criterios sobre los cuales se pretende la verificación de un nexo causal relevante jurídicamente entre la acción y su resultado. De esta manera la trata Edgardo Donna, y expresa la concurrencia de ciertos requisitos específicos: “1) Que el autor haya provocado el resultado de modo causal por su actuación; 2) que se haya creado con su conducta un peligro desaprobado; 3) que debe haberse realizado en el resultado ese mismo peligro desaprobado” (Donna, 2008).

Como lo habíamos adelantado, la base de la imputación objetiva es establecer un nexo causal jurídicamente relevante entre una acción y su resultado, pues no todo resultado será imputable al autor, y de la misma manera se expresan varios doctrinarios, pues es necesario que “el daño que causalmente se ha producido represente la realización de un peligro creado por el autor y desaprobado por el tipo penal respectivo” (Donna, 2008), continúa el autor, aquella explicación se mejora con la “afirmación de que dicho curso causal provocado por el autor integra aquellos desarrollos cuya producción la norma quiere proteger. Debe haberse realizado una concatenación causal, cuya producción el mandato de la norma y por ende la prohibición buscan impedir”; con esto queda claro la necesidad y el alcance de la teoría de la imputación objetiva, que se torna en un punto central cuando se pretende ligar un resultado con una acción determinada y por ende a su autor.

Sobre esto debemos mencionar el problema causal, y su connotación en el Derecho Penal, como lo manifiesta Muñoz Conde, “el concepto de causalidad sólo adquiere sentido en el Derecho penal en la medida en que sea objeto de una valoración en un determinado contexto. Una misma acción (...) puede o no tener relevancia jurídica” (Muñoz Conde, 2000); ha quedado justificada la importancia que reviste encontrar el nexo causal relevante para imputar a un autor el resultado de su accionar, empero, nuestro análisis no concluye aquí, pues debemos tomar en cuenta el problema de la persona jurídica, un ente que, de igual manera diremos más adelante, le resulta imposible actuar por sí solo, no puede encontrar una relación causal entre el accionar de un tercer y el resultado dañoso o imprudente, peor aún aplicar los criterios de la imputación objetivo para de hecho, establecer la relevancia del resultado a través de un nexo causal.

Una vez que hemos revisado el finalismo en el concepto de acción, y previo a culminar el tema ubicándola en nuestra legislación, debemos, imperiosamente, estudiar el funcionalismo de Jakobs, a fin de entender todo lo que abarca el finalismo, sus connotaciones y consecuencias.

Como tal, la concepción de Jakobs resulta postfinalista, así lo describe García Falconí, jurista ecuatoriano; para Günther Jakobs, el concepto de acción debe combinar dos situaciones, la sociedad y Derecho Penal, “so pena de degenerar hasta quedar convertido en un concepto de mera utilidad práctica que describa un escalón inicial del delito, debe contener una teoría lo más completa posible del comportamiento jurídico-penalmente relevante” (Donna, 2008).

Jakobs, luego de hacer una valoración social y penal, arriba a un concepto de acción, y dice que: “acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma. Este concepto de acción –y sólo éste- es más que un concepto auxiliar jurídico-penal, es el concepto de aquel comportamiento que hace necesaria la imposición de una pena” (Donna, 2008), es claro que para Jakobs, “el delito se constituye en una forma de comunicación defectuosa, una defraudación de expectativas normativas que debe ser corregida a través de la aplicación de la pena, la cual ratifica la confianza en la norma como modelo del contrato social” (García Falconí, 2014); es diáfana la posición de Günther Jakobs, para éste, es necesario tomar en cuenta la sociedad y al Derecho penal como tal, a fin de atribuir una funcionalidad a la acción y al delito en sí, cuya respuesta sea la imposición de una pena.

El Código Orgánico Integral Penal, regula a la acción en los artículos 22 y 23, normas que rezan:

“Artículo 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales”

“Artículo 23.- Modalidades de la conducta.- La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.

No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo” (COIP, 2014)

La norma punitiva de nuestro país, recoge la teoría finalista, pues se refiere a la acción, como conducta penalmente relevante, cuando ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables; y, si no aparece tan claro en la norma transcrita, es muy claro que, a lo largo del desarrollo de las conductas penales en el Código, se denota la presencia de la doctrina de la acción final. Sobre la omisión, como ya lo habíamos adelantado, no haremos mención alguna pues, se aleja de la problemática del tema desarrollado.

Sobre esto, García Falconí, expresa: “Sin lugar a dudas son los seguidores de la Escuela Finalista, quienes han encontrado en el concepto de acción la piedra fundamental, sobre la que se construye la Teoría del Delito.” (García Falconí, 2014), también aporta con la importancia que tiene la escuela y la doctrina finalista en el concepto de acción pues, a su parecer “lo relevante de la teoría comentada es liga el concepto de acción a la voluntad del autor, lo cual tiene como efecto el considerar como penalmente relevante aquello que es atribuible al autor” (García Falconí, 2014).

Es diáfana la posición de Welzel y de muchos otros doctrinarios como Cerezo Mir, Donna, Muñoz Conde, por citar algunos; todos coinciden en que, solo la persona humana, dotada de conciencia, pues debe planear en la esfera de su pensamiento el resultado de su actuar final, y de capacidad para exteriorizar ese pensamiento en una actividad final en el mundo real, es la única capaz de cometer un ilícito, siempre que éste sea típico, antijurídico y sujeto a reproche de su autor, por lo tanto, nos permitimos hacer este cuestionamiento ¿cómo puede la persona jurídica ser penalmente responsable?, un ente ficticio, necesitada de representación judicial y extrajudicial, capaz de actuar únicamente a través de personas naturales, como lo hemos venido insistiendo, no puede ser responsable penalmente si ni siquiera es capaz de realizar una acción, columna vertebral y cimiento de la teoría del delito.

Donna adopta una posición muy clara sobre este tema, para él, “la acción, como elemento base del delito, exige la presencia de voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual. Desde nuestra posición, ello no ocurre con la persona jurídica, ya que en rigor de verdad, se trata de un ente al que se le atribuye capacidad para otros efectos distintos de los penales” (Donna, 2008), con esto, puede surgir dos situaciones, en primer lugar, que las personas jurídicas no son capaces de actuar, y, segundo, que las personas morales no fueron concebidas para delinquir, recordando aquel aforismo romano “societas delinquere non potest”, y por lo tanto, es erróneo pensar que la ley penal puede concebir delitos en los que se vea inmersa la persona jurídica.

Al igual que Edgardo Donna, Jescheck y Weigend, sostienen que “tampoco son acciones en el sentido del Derecho penal las múltiples actividades que se desarrollan por parte de las agrupaciones de personas, (...) las personas jurídicas y las asociaciones de personas sólo tienen capacidad de actuar por medio de sus órganos por lo que no pueden ser castigadas por las mismas.” (Jescheck, 2014), esto, es precisamente lo que hemos venido insistiendo a lo largo de este acápite, las personas morales sin pueden actuar, se ven en la necesidad de contar con representación judicial y extrajudicial y solo puede actuar a través de personas naturales, por lo tanto, es equívoco si quiera pensar en responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin embargo de lo dicho, existen nuevas teorías acerca de este tema, que aceptan la responsabilidad penal, superando el obstáculo de la acción, e inclusive de la culpabilidad en la Teoría del Delito, materia que trataremos más adelante en el desarrollo de este capítulo, cuando tratemos las nuevas doctrinas, empero, y adelantándonos un poco, a pesar de existir nuevas corrientes que acepten responsabilidad penal de la persona jurídica, como hemos

visto, nuestro Código recoge la teoría finalista, doctrina en la que no puede caber jamás la responsabilidad penal de la persona moral, y, aún pudiendo aceptarla, forzándola, a nuestro modo de ver, no explica el por qué no se ha incluido a las personas jurídicas de derecho público, que, como no puede ser de otra manera, lo trataremos más adelante, a profundidad y el análisis debido a fin de encontrar la “ratio legis” detrás de la norma punitiva del Ecuador.

Por último, debemos hacer mención a la ausencia de la acción, es decir, a todas las situaciones que, por más de que se verifique un resultado en el mundo exterior, la acción queda excluida, ya sea por fuerza irresistible, movimientos reflejos o estados de inconsciencia.

En cuanto a la fuerza irresistible, resulta “un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa sobre el agente” (Muñoz Conde, 2000) la fuerza ha de ser absoluta dejando sin opción al que la sufre, y la fuerza ha de provenir del exterior, bien sea de una tercera persona o una fuerza natural.

Los movimientos reflejos, o también llamados movimientos involuntarios, “no constituyen acción, ya que el movimiento no esté en estos casos controlado por la voluntad” (Muñoz Conde, 2000), tradicionalmente se los ejemplifica con los movimientos que se producen a raíz de un ataque epiléptico, así una acción bajo esas circunstancias queda excluida.

Y por último los estados de inconsciencia, en donde “los actos que se realizan no dependen de la voluntad, y por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes” (Muñoz Conde, 2000), en este caso, ponemos de ejemplo al sonambulismo o la embriaguez letárgica, entre otros.

Traemos a colación este tópico pues, es de notar que aún en la acción humana, existen casos de exclusión de aquella, no se diga en la persona jurídica que no puede encajarse en

ninguna de estas excepciones pues no puede actuar si quiera, si no es a través de una persona natural.

2.3 TIPICIDAD

Continuamos con el desarrollo de este capítulo, y tratamos el tema de la tipicidad dentro de la estructura de la Teoría del Delito, y, por supuesto, ligado a la acción y la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Pensemos por un momento, en todas aquellas conductas antijurídicas, es decir, contrarias al derecho, al hacerlo, podemos encontrar un sinnúmero de actos, contrarios a la ley, la ética, buenas costumbres, etc., sin embargo, no todas interesan al derecho penal, es allí donde entra la tipicidad, como seleccionadora de las conductas que serán sancionadas por una ley penal, dejando fuera, todas aquellas que no tengan importancia para la norma punitiva; aquellos intereses para la norma penal son denominados bienes jurídicos.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, recoge la tipicidad en el Art. 25:

“Artículo 25.- Tipicidad.- Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” (COIP, 2014)

Esta teoría del tipo, fue formulada por Ernst Beling, como complemento de lo desarrollado y de la estructura formulada por Von Liszt; con el advenimiento de la teoría final de la acción, se modificó la estructura del tipo que, se constituía como “elemento central de la teoría del delito” (García Falconí, 2014), bajo este esquema, el dolo y la culpa, que los estudiaremos más adelante, se analizaban en la culpabilidad, hoy, con el finalismo, teoría que recoge nuestra norma penal, aquellos se analizan en la tipicidad.

“La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (Muñoz Conde, 2000), recordemos aquel aforismo “nullum crime nulla pena sine lege”, no hay crimen ni pena sin ley previa, en esto se recoge la tipicidad como tal, “sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales” (Muñoz Conde, 2000).

A propósito de este principio, “nullum crime nulla pene sine lege”, lo encontramos plasmado en nuestra Constitución de la República, siendo el llamado principio de legalidad, es decir, reviste una garantía básica del debido proceso, aquel postulado está previsto en el Art. 76 numeral 3 de la norma suprema:

“Artículo 76.- En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento” (Constitución de la República del Ecuador, Actualizado a 2016).

Como podemos notar es sumamente importante establecer este principio, pues resulta una base importante para el Derecho Penal, y es más, si nos remitimos a los postulados de Beccaria, cuando precisamente defiende el principio de legalidad, siendo imperioso que, en el caso del Ecuador, la Asamblea Nacional dicte una norma de la manera en que se prevé hacerlo

en la Constitución, para que aquella norma entre a la vida jurídica y sea válida, pues de lo contrario, ninguna acción humana constituiría delito al no estar tipificada, y además que, ley posterior, no puede actuar de manera retroactiva con una conducta que se cometió antes de su expedición y que por lo tanto, al realizarla, no era delito.

Así lo resume García Falconí, citando a Enrique Bacigalupo, al decir que “el principio de legalidad establece exigencias, tanto al legislador como al juez, pues para que una sanción se aplique, se requiere de ley expresa (*lex scripta*), previa (*lex praevia*), general (*lex certa*) y prohibición de toda analogía (*lex stricta*)” (García Falconí, 2014), ello conlleva a un sin número de situaciones, como los establece el autor, además de tener que emplear términos exactos para una imputación y tener que redactar con la mayor claridad el tipo penal, que contendrá una conducta relevante para el Derecho Penal.

Así lo establecíamos anteriormente, la tipicidad funciona como la seleccionadora de las conductas penalmente relevantes, empero, no es la única función que tiene la tipicidad, a saber:

- a) Función de garantía: Como verdadero límite al poder punitivo del Estado, “solo se puede castigar en los casos específicamente previstos por la ley y de la forma prevista expresamente en el tipo” (Donna, 2008)
- b) Función seleccionadora: “La exigencia de que el Derecho Penal establezca clara y taxativamente cuáles son las conductas punibles, mediante la regulación de los tipos penales incluidos en las leyes, cumple una auténtica función seleccionadora, porque permite determinar en forma rápida cuáles son los comportamientos

humanos penalmente relevantes” (Donna, 2008), de esta manera, tenemos un verdadero catálogo de ilícitos considerados penalmente relevantes; y, por último,

- c) Función motivadora: A través de los tipos penales, se les puede hacer conocer a los ciudadanos de un Estado, cuales son las conductas punibles y que, al cometerlas, llevaran consigo la imposición de una sanción, a decir de Donna, “es claro que el Estado, a través de las leyes penales, pretende motivar las conductas de los hombres, de modo que éstos ajusten su comportamiento a las prohibiciones y los mandatos que se elaboran con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad” (Donna, 2008)

Al establecer las funciones de la tipicidad, podemos la importancia que tiene dentro de la teoría del delito, y, además, si nos centramos una vez más en la problemática de nuestro tema, notamos que, en cuanto a la función motivadora se refiere, a más de lo ya esgrimido cuando tratamos la acción, nos surgen aún más interrogantes, ¿puede la persona jurídica motivarse en la norma a fin de no cometer delitos?, encontramos una respuesta negativa, pues, como bien lo anotábamos anteriormente, la persona moral, no cuenta con conciencia, mal podría motivarse en la norma para conocer las consecuencias que un ilícito puede acarrear; solamente la persona natural, capaz de motivarse en la ley penal, y de realizar actos antijurídicos y culpables, puede ser la responsable penalmente de un ilícito, mas, parece un error, que la persona jurídica, por el actuar de una persona, insistimos, distinta de ella, que puede solamente representarla (más allá de la regulación del Código Orgánico Integral Penal que establece una gama de sujetos activos a través de los cuales, de acuerdo lo que establece el tipo penal, puede ser responsable la persona jurídica) y capaz de motivarse en el tipo penal sea penalmente responsable, cuando aquello, se escapa de su esfera.

Hemos analizado hasta este punto generalidades de la tipicidad, que estimamos suficiente pues, los aspectos que nos interesan para el desarrollo de este trabajo ya los hemos mencionado y elaborado. Empero, todavía nos queda por revisar la estructura del tipo, advirtiendo que podemos distinguir una verificación objetiva y una subjetiva, adelantado que, en este acápite nos concentraremos en la subjetiva.

Muñoz Conde establece que: “para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida. (...) en la composición de los tipos penales entran una serie de elementos de distinta procedencia y distinta significación” (Muñoz Conde, 2000), para el autor, ello le corresponde a la parte Especial del Derecho Penal, y, tratar de “elaborar” una Parte General de la Parte Especial es inútil pues no podrán siempre encontrar todos los elementos que estarán dentro de un tipo penal, sino simplemente se puede arrojar algunas cuestiones generales que estarán en todos los tipos penales, a saber: sujeto activo, acción y bien jurídico.

Nos apartamos un poco de la línea de pensamiento de Muñoz Conde, pues, creemos que existen más elementos comunes a todos los tipos penales, siendo, además de los citados anteriormente, sujeto pasivo y objeto material.

Sobre el bien jurídico haremos simplemente una pequeña referencia, pues será importante cuando analicemos la antijuridicidad posteriormente, y diremos que se trata de un bien protegido jurídicamente, que nace de una función protectora de la norma penal, que guarda relación con la función seleccionadora del tipo, que eleva a delito ciertas conductas dañosas que lesionan a los bienes jurídicos que, a través del tipo, se protegen; el bien

jurídico resulta ser un criterio de clasificación, conjugando los tipos en razón del bien jurídico que protegen.

No entraremos en análisis de cada uno de los elementos, pues no nos compete revisarlos porque no aportan nada al trabajo en cuestión, solamente los enumeramos, ya que, más adelante, dedicaremos un capítulo completo al análisis del tipo penal de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Ahora pasamos a analizar al tipo subjetivo o llamado también tipo interno, que hace referencia al dolo y a la culpa, es de notar que, anteriormente, con la corriente causalista, estos dos elementos se analizaban al final, en la culpabilidad, nuevamente nos damos cuenta de la importancia del finalismo, pues, con esta corriente, los analizamos en la tipicidad, y, de igual manera, nuestra norma penal los reconoce dentro de este elemento de la Teoría del Delito, cuando los trata en el mismo apartado, en su Art. 26 y 27.

“Artículo 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena” (COIP, 2014)

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, define de una manera deficiente al dolo, al decir “designio de causar daño”, para García Falconí ello es errado porque “los elementos cognitivo y volitivo no se encuentran expresamente señalados, aunque debe entenderse la palabra designio, como abarcadora de dichos conceptos” (García Falconí, 2014), concordamos con lo expresado por el autor, pues aquel concepto esgrimido en nuestra norma punitiva no es suficiente para la exigencia real del dolo en la Teoría General del Delito, e inclusive,

deberíamos hacer una interpretación extensiva de los términos empleados por el legislador, al hablar de designio, pues como veremos posteriormente, y como ya lo hemos adelantado al citar al maestro García Falconí, es necesario para configurar el dolo que concurren dos elementos, uno volitivo y uno cognitivo, que no se encuentran expresados en el artículo del Código Orgánico Integral Penal, y que debemos entender que se los incluye en la palabra designio, situación que genera malestar y varios conflictos para la aplicación de la norma penal.

Para Maurach, “la parte subjetiva del tipo se compone siempre del dolo; si se agregan o no otros elementos subjetivos del tipo depende de la construcción típica de los delitos específicos” (Maurach, 1994). Habíamos establecido ya la definición legal, y mencionamos ya algunos defectos de aquel concepto, empero, nos alejamos aún más de lo que establece el Código, pues, creemos que incurre en un error sustancial, no se trata de el designio que tiene una persona de causar daño, por lo contrario, y conforme lo establece la doctrina, “el dolo, expresado con la formación más general, es el querer, dominado por el saber, de la realización del tipo objetivo. Pero, como el tipo objetivo no es sino la combinación de una acción y de un resultado legalmente determinados, entonces el dolo, referido a la teoría de la acción, aparece como la voluntad de actuar, referida al resultado que sustenta la acción” (Maurach, 1994).

Consideramos que la definición dada por Maurach, es mucho más correcta y completa, pues abarca todo lo que al dolo se refiere, mas no como lo establece nuestra norma penal, que resulta defectuosa e incompleta.

Aceptando este concepto, cabe destacar que existen también consecuencias, de esta manera, “puede actuar dolosamente todo aquel que sea penalmente capaz de acción, es decir, el hombre” (Maurach, 1994), empero, el dolo de actuar, no está necesariamente conectado con la atribuibilidad de la persona que realiza la acción, así, el loco o demente también puede actuar dolosamente, sin embargo, aquella conducta no podrá ser reprochada, por cuanto, como veremos más adelante, no podrá atribuirse culpabilidad.

El dolo entonces, tiene una especie de dualidad, un elemento volitivo, que sería la voluntad de actuar, y uno intelectual, que se refiere al conocimiento del tipo objetivo, “la parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal” (Welzel, 1987), sobre esto Donna establece que “en el conocimiento actual del dolo corresponde incluir aquellos datos que el autor conoce y es consciente, incluso cuando no haya reflexionado expresa y actualmente sobre ellos al momento del hecho. Es lo que se conoce como coconciencia” (Donna, 2008).

No entraremos a analizar las diferentes clasificaciones del dolo, pues no nos compete hacerlo, debido a que no se enmarca en la realización de este trabajo, empero si las enunciaremos, siendo éstas: Dolo Directo de Primer grado, Dolo Directo de Segundo grado o de consecuencias necesarias y Dolo Eventual.

De lo revisado del dolo, una vez más, nos encontramos con serios conflictos en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues, a simple vista, resulta imposible que un ente ficticio, pueda actuar con voluntad y conocimiento del tipo, si aquella ni si quiera tiene conciencia, si bien es cierto, estudiaremos las nuevas doctrinas en un acápite aparte, que quizás nos aclare la necesidad y justificativo que encuentra el Derecho Penal para

responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, en este punto, si podemos atrevernos a decir que, siguiendo la teoría finalista de la acción, como la recoge nuestro Código, estamos llevando de la mano a la persona jurídica, sin base para ello, de los ilícitos que pueden cometer personas naturales distintas de ella lo que, desde todo punto de vista, es errado.

Agotado el tema de la tipicidad, pasamos a revisar la antijuridicidad, para posteriormente estudiar la culpabilidad, y terminar el análisis de la Teoría del Delito y pasar a las doctrinas a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a fin de concluir este capítulo y dirigir nuestro tema a la resolución de la problemática planteada.

2.4 ANTIJURIDICIDAD

A fin de realizar un análisis correcto de la Teoría del Delito, es menester revisar también la antijuridicidad, sin embargo, no realizaremos un estudio detallado, pues este acápite no armoniza con la realización de todo este trabajo de investigación ni con la conclusión del mismo, empero es importante pues sin aquél estaría incompleto.

En palabras de Muñoz Conde, “el término antijuridicidad expresa la contracción entre la acción realizada y del Ordenamiento jurídico. (...) La antijuridicidad no es un concepto específico del Derecho penal, sino un concepto unitario, válido para todo el Ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo” (Muñoz Conde, 2000), simplificando aquel postulado de Muñoz Conde, podemos decir que la antijuridicidad se refiere a una conducta típica contraria al Derecho, fundamental para su desarrollo pues, si no cumple con esta premisa, por ejemplo que la persona se encontraba en un estado de necesidad que excluye la antijuridicidad, el análisis del delito concluye en ese momento, sin necesidad de revisar la culpabilidad.

A menudo se sostiene que la antijuridicidad no es más que un juicio negativo de la tipicidad, pues, una de las funciones del tipo, es la indiciaria, es decir, se sospecha que el acto típico es antijurídico, debiendo analizar únicamente si existe una causa de justificación, de lo contrario, se confirma la antijuridicidad y seguimos con la culpabilidad.

Es necesario diferenciar a lo que se denomina como antijuridicidad formal y material, que resultan ser aspectos del mismo fenómeno, como lo sostiene Muñoz Conde., quien también alega: “a la simple contradicción entre una acción y el Ordenamiento jurídico se llama antijuridicidad formal. La antijuridicidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa del bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuridicidad material” (Muñoz Conde, 2000), no basta con una contradicción formal entre una acción y la ley penal, así como tampoco el agravio a un bien que no cuente con protección jurídica, ya que tal lesión no puede ser calificada como antijurídica, pensemos en la confección de una letra de cambio con fines de aprendizaje, o la falsificación de la firma una celebridad por pasatiempo, como lo dice Muñoz Conde, aquellas conductas no pueden ser antijurídicas pues no afectan a un bien jurídico protegido por la norma penal.

Sobre la relación entre antijuridicidad material y el bien jurídico es necesario detenernos y hacer un análisis a fin de tener una mayor comprensión del mismo y de la misma manera, entender a lo que abarca la antijuridicidad.

Tomemos en cuenta lo que manifiesta el maestro Zaffaroni, en cuanto se refiere a la antijuridicidad material, que creemos, servirá de base para explicar las causas de justificación; para el autor, “la antijuridicidad material, entendida a veces como antisociabilidad de la

conducta, fue un concepto surgido al calor de la lucha entre el positivismo jurídico y el positivismo sociológico. Frente al positivismo jurídico, Von Liszt opuso, desde el sociológico, el concepto de antijuridicidad material. Afirmaba que una acción es formalmente antijurídica como contravención a una norma estatal, a un mandato o a una prohibición de orden jurídico, en tanto que, materialmente antijurídica consideraba a la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o también asocial)” (Zaffaroni, 2002), ello en relación a lo que expresábamos anteriormente con Muñoz Conde, entender cuando estamos frente a un antijuridicidad formal y cuando se convierte en material, sin embargo, el análisis de Zaffaroni no concluye allí, pues continúa: “El fin de la vida humana en común, cuyo logro y garantía configura la única y más alta tarea del orden jurídico, exige que se sacrifique el interés de menor valor en cualquiera de tales contradicciones, cuando solo a este precio pueda ser conservado el interés de mayor valor. De ahí que resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es solo antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común regulada por el ordenamiento jurídico; será materialmente adecuada a derecho, pese a su dirección contra intereses jurídicos, si –y en tanto- se corresponde con todos los fines del ordenamiento jurídico y con ello de la vida humana en común” (Zaffaroni, 2002), de esta manera relaciona la antijuridicidad material con el bien jurídico, que ya lo tratamos en la tipicidad, pues resulta imperioso que se refleje de manera material en la lesión del bien jurídicamente resguardado por la norma penal para poder hablar de antijuridicidad, lo que nos traerá problemas cuando hablemos de la persona jurídica, pues ¿cómo un ente sin capacidad de actuar por sí solo puede lesionar un bien jurídico?, interrogante que resulta fundamental al analizar el papel de la persona jurídica en la antijuridicidad.

En nuestro Código Orgánico Integral Penal, la antijuridicidad está regulada en el artículo 29, norma que reza:

“Artículo 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código” (COIP, 2014)

Sobre esto hay que hacer algunas puntualizaciones, es claro que encontramos la antijuridicidad material en este artículo, y es necesario hacer un repaso de lo que se conoce como desvalor de acción y desvalor de resultado que configura a la antijuridicidad material dentro de este acápite, empero, también es de notar que, habla acerca de la justa causa, que nos lleva a las causas de justificación que excluye la antijuridicidad.

“El contenido material de la antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el Ordenamiento jurídico (desvalor de acción). La norma penal, cuya infracción constituye la esencia de la antijuridicidad (...) no es sólo una norma de valoración de un determinado estado o resultado, sino también una norma de determinación que se dirige a los ciudadanos y les dicen lo que deben hacer o dejar de hacer” (Muñoz Conde, 2000), completamos lo que hace un momento exponíamos con el maestro Zaffaroni, pues no es suficiente para configurar la materialidad de lo antijurídico la lesión al bien jurídico, sino que ello provenga de una acción desaprobada por la norma penal; de esta manera, como lo ejemplifica Muñoz Conde, la prohibición de matar surge de la protección a la vida, y la prohibición de hurtar de la protección de la propiedad, es decir, ambos conceptos,

desvalor de resultado y desvalor de acción son necesarios para la antijuridicidad, ya que de lo uno deviene lo otro, comprendiendo así su alcance.

Ahora pasaremos a tratar las causas de justificación, empero, no realizaremos una revisión exhaustiva de todas ellas, sino simplemente las enunciaremos, pues veremos que, cuando se trata de la persona jurídica, es imposible que se encuentre inmersa en una de ellas.

Las causas de justificación se reducen a tres:

1. La legítima defensa
2. El estado de necesidad (justificante)
3. Cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal

Conociendo las causas de justificación que, si se comprueban excluyen a la antijuridicidad, es diáfano que a simple vista, la persona jurídica no puede encontrarse dentro de ninguna de aquellas, ya que todas ellas, apelan a la condición del ser humano, tanto más que inclusive se exigen elementos subjetivos para que operen, verbigracia, solo puede actuar en legítima defensa quien sabe que se está defendiendo, o en el estado de necesidad que quien actúa lo haga para evitar un mal propio o ajeno, como se sostiene, que no le quede otro camino; siendo así, no podemos enmarcar a la persona jurídica dentro de las causas de justificación pues al no tener conciencia, no puede elegir como actuar, ya que quien realiza un acto típico es una persona natural distinta de la moral.

Ello supone dos situaciones, primero, nunca será necesario un análisis de la antijuridicidad a la persona jurídica pues, al ser un juicio negativo de la tipicidad, siendo únicamente necesario encontrar una causa de justificación para la excluir la antijuridicidad y, la persona moral, al no poder verse inmersa en ninguna de estas causas todo acto típico será siempre antijurídico, o segundo, no podemos imputarle jamás ningún delito a la persona jurídica debido a que no es posible realizar un análisis correcto de la Teoría del Delito saltándonos un paso como lo es la antijuridicidad.

Cualquiera que sea la respuesta, nuevamente encontramos una oposición frente a la responsabilidad penal de la persona jurídica y a la Teoría del Delito que recoge nuestro Código Orgánico Integral Penal, que nuevamente notamos, incomoda en la aplicación de la norma punitiva frente a determinadas conductas que prevén una responsabilidad penal para la persona moral.

Con esto finalizamos el estudio de la antijuridicidad, y pasamos al último escalón de la Teoría del Delito, el juicio de desvalor sobre el autor, la culpabilidad.

2.5 CULPABILIDAD

Pasamos entonces a revisar el último peldaño de la Teoría del Delito, la culpabilidad, que se refiere al juicio de desvalor sobre el autor de una acción, típica y antijurídica, es decir, nos preocuparemos en analizar si, al autor del delito, le puede ser reprochada su conducta.

La función de la culpabilidad es “acoger aquellos elementos referidos autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena” (Muñoz Conde, 2000)

Para Maurach, “la culpabilidad es reprochabilidad de un hacer o un omitir jurídicamente desaprobado, o más brevemente, es un reproche fundado respecto del autor” (Maurach,

Si seguimos lo que nos dice Jiménez de Asúa, más allá que este doctrinario siga una corriente causalista pues analiza al dolo y la culpa en la culpabilidad y no como elementos subjetivos del tipo, nos habla de un concepto normativo, recogido por nuestro Código en la actualidad, en donde aparece “la acción culpable como la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad” (Jiménez de Asúa, 1999), concepto que fue desarrollado en primer lugar por Frank y James Goldschmidt, pero, que posteriormente, fue retomada por Mezger, así teníamos una doctrina psicológica, ya desechada, y una concepción normativa, elaborada como ya lo habíamos dicho antes por Frank y Goldschmidt.

“Se trata de una valoración jurídico-penal y no meramente ética. Por eso no entramos en el debate de la existencia o no del libre albedrío (...) Es preciso, pues, reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, pero éste no constituye ya de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad” (Jiménez de Asúa, 1999)

Sobre esto versa la concepción normativa, y es de esta manera que la reconoce nuestra norma penal, como explicaremos a continuación.

La culpabilidad, está recogida en el Art. 34 del Código Orgánico Integral Penal, la norma mentada reza:

“Artículo 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” (COIP, 2014)

Decimos que nuestro Código reconoce el concepto normativo, por las razones que establece García Falconí, al decir que “el concepto psicológico planteado por el causalismo fue desechado y remplazado por el concepto normativo de culpabilidad hoy dominante y que se asume por parte del COIP”, continúa el autor, “este desarrollo sin duda tiene a Frank como punto de su referencia, bajo su concepción de culpabilidad como reprochabilidad” (García Falconí, 2014).

Solo nos resta plasmar el fundamento de la culpabilidad, en palabras de Hans Welzel, “el hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este poder en lugar de ello del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica” (Welzel, 1987), es diáfana la posición de este doctrinario, el fundamento para la culpabilidad es la capacidad de motivación en la norma del autor de una conducta típica y antijurídica, lo que acarrea otro obstáculo para la responsabilidad penal de la persona jurídica pues, si el fundamento de la culpabilidad es la motivación de la norma, para ello es necesario que el autor esté dotado de conciencia, en los términos que establece la doctrina y la norma penal, la persona moral, al ser un ente ficticio sin conciencia, sin voluntad y con necesidad de que una persona natural distinta de ella actúe por ella, no puede motivarse en la norma, y no cumple la culpabilidad con su esencia misma, y sin ello no es posible aplicar un juicio de desvalor a la persona jurídica como “autor” de un delito.

Una vez que hemos establecido un concepto, su fundamento y enmarcado a la culpabilidad dentro de nuestra legislación, es necesario, hablemos de los elementos de la culpabilidad, para entender luego la imputabilidad de una conducta.

Muñoz Conde plasma en su obra Derecho Penal Parte General, que, “para poder afirmar la culpabilidad de una persona que, en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario, que se den en esta persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad” (Muñoz Conde, 2000), de esto se deduce, que la culpabilidad, tiene unos elementos, específicos, a saber:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad: Hace referencia a que, “bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad mental, etc.). **Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad**” (Muñoz Conde, 2000) (el subrayado me corresponde).
- b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido: De acuerdo a esto, la norma penal “solo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de realizarla; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad” (Muñoz Conde, 2000)
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto: El Derecho Penal, puede, en un momento dado exigir conductas difíciles, pero no heroicas, “toda norma jurídica

tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna” (Muñoz Conde, 2000)

Es de notar que es tarea de la culpabilidad, como lo establece García Falconí, el desarrollar la exigibilidad e inexistencia de otra conducta, que la reconoce nuestra norma punitiva bajo la fórmula “haber podido actuar de una manera distinta”, “la teoría de la no exigibilidad surge en Alemania en la década de los 20’s del siglo pasado, como forma de exclusión de culpabilidad de personas que por miedo a perder su empleo o consecuencias peores se veía obligados a cometer un delito, habiendo sido rechazados posteriormente en el régimen nacionalsocialista” (García Falconí, 2014)

Este elemento, ayudará a comprender las causas de exculpabilidad, cuando se trata de un estado de necesidad justificante por ejemplo, temas que no revisaremos a profundidad, pues, no van acorde al objetivo planteado.

Estos son los elementos de la culpabilidad, sin los cuales, no puede reprocharse la conducta típica antijurídica a su autor, y, posteriormente, haremos un análisis en cuanto a esta capacidad de culpabilidad, y la motivación con el conocimiento de la antijuridicidad de una acción (observación que, de cierto modo, ya habíamos adelantado en la tipicidad cuando establecíamos su función motivadora) sobre la persona jurídica.

Si bien dijimos que no revisaremos las causas de exculpación a detalle, si nos centraremos en dos de ellas, que nos dará una guía al momento de las conclusiones, siendo estas, el trastorno mental, y la inimputabilidad.

El Art. 35 del COIP, establece como causa de exculpación al trastorno mental, la norma mentada dispone lo siguiente:

“Artículo 35.- Causa de inculpabilidad.- No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado” (COIP, 2014)

Es importante insistir en uno de los elementos de la culpabilidad, principal inclusive, la capacidad de autodeterminación, es decir “el poder obrar de otro modo, de manera distinta, acorde a las exigencias del ordenamiento jurídico. Para poder actuar de esta manera, es necesario que el sujeto pudiese comprender el carácter ilícito de su conducta (...) El principio de culpabilidad, requiere que la persona que realiza la acción pueda ser atribuida jurídicamente por esta, para lo cual, necesita tener la capacidad de determinarse jurídicamente, comprender que su accionar es ilícito” (García Falconí, 2014).

Es diáfano que, la persona que no pueda autodeterminarse, ni pueda motivarse en la norma para comprender la ilicitud de su conducta, no se le puede reprochar su accionar, pues, no podríamos imputar esa conducta a su autor, dando como resultado, en el Art. transcrito, una causa de inculpabilidad.

Empero este análisis no solamente se agota en el trastorno mental, sino también debemos tomar en cuenta la inimputabilidad del menor impúber, quien, debido a su corta edad, considera la doctrina penal que es incapaz de comprender la ilicitud de sus actos, no puede motivarse en la norma pues carece de conocimientos suficientes para saber lo que su accionar puede ocasionar; diferente a lo que ocurre con los menores púberes que, si pueden ser responsables penalmente por sus actos, mas se rigen por un régimen especial, el Código de la Niñez y Adolescencia, que establece que, los niños y niñas son de hecho inimputables, y considera que, lo son hasta cumplir los doce años de edad, a partir de esa edad, se convierte en adolescente y está sujeto al régimen especial ya antes comentado.

Lo importante de estas dos causas que excluyen la culpabilidad, es que tiene un mismo denominador común, la consciencia, pues, es necesario que, para que una conducta pueda ser reprochada a un autor, este pueda comprender la antijuridicidad de su actuar y la capacidad de motivarse en la norma, más la exigibilidad de otra conducta.

Hemos insistido varias veces sobre este punto, la persona jurídica no debería ser responsable penalmente, ahora, encontramos un nuevo obstáculo con la teoría del delito que recoge nuestro Código, la persona moral, un ser sin consciencia, no puede ser penalmente responsable, pues, al no poder motivarse en la norma, siendo imposible que comprenda la ilicitud de su conducta, que dicho sea de paso, para que calce el tipo, tiene que realizar la acción una persona natural, y no pudiendo actuar de otra manera ya que la persona jurídica no actúa por si sola, resulta inverosímil reprocharle una acción, típica y antijurídica, pues carece de consciencia, por lo tanto, a más de las dificultades que encontrábamos al estudiar la acción y la tipicidad, encontramos una más en la culpabilidad, que confirman lo que hemos insistido incansablemente a lo largo de este capítulo, la persona jurídica, no debería, y no puede, ser responsable penalmente, bien lo establece Welzel, “solo puede hacerse culpable el individuo dotado con una voluntad, no una asociación o cualquier otra persona colectiva” (Welzel, 1987), tesis con la que concordamos.

Sin embargo de lo dicho, en la actualidad, existen nuevas doctrinas que, por la importancia que tienen las sociedades mercantiles y comerciales en el mundo de hoy, se aceptan en varias legislaciones, sobre todo europeas, y a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, también en nuestro país, doctrinas que revisaremos a continuación.

2.6 DOCTRINAS A FAVOR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Antes de comenzar con el desarrollo de este acápite, es necesario aclarar que nos basaremos en los postulados de Hans Joachim Hirsch, doctrinario alemán, que condensa las distintas doctrinas de la responsabilidad penal de la persona jurídica, como por ejemplo, la de Tiedeman, además de dar su punto de vista acerca de este tema, y nos ayudará a tener un panorama más claro acerca de la problemática revisada.

En la actualidad, han surgido nuevas corrientes, provenientes del Derecho Penal económico, que, a raíz de la importancia que tienen las empresas, han tratado de superar las barreras que pone la teoría del delito, a fin de establecer responsabilidad penal a la persona jurídica.

A más de las analizadas en acápites anteriores, e inclusive coincidiendo, Hirsch, resume en tres puntos, los argumentos más importantes en contra de la responsabilidad penal de la persona moral:

1. “No son capaces de acción
2. No son capaces de culpabilidad, y,
3. La pena, por esencia, está orientada solo al hombre” (Hirsch, 2002)

Para este doctrinario, actualmente, ya no se considera una objeción el hecho de que las personas jurídicas sean una ficción jurídica y no una realidad, inclusive, para Hirsch, “la concepción de que solo el hombre podría ser penalmente capaz en la comprensión del Derecho Penal, europeo-continental no es tan obvia como se la afirma muchas veces. El

principio frecuentemente mencionado *societas delinquere non potest* era probablemente acertado para el Derecho Romano, al que todavía le eran absolutamente extraños el concepto de corporación como tal, y en particular el concepto de persona jurídica” (Hirsch, 2002); nociones que nosotros, en ciertos momentos a lo largo de este trabajo ya los habíamos establecido, como el concepto de persona jurídica, y su tratamiento en el Derecho Romano.

Para este autor, a medida que evolucionaba la concepción de persona jurídica, el Derecho Penal lo tenía que hacer a la par, y es así que el panorama cambia en la Edad Media con un adelanto, cuando los glosadores se cuestionan “del problema de si son posibles acciones penales contra agrupaciones de personas de esa clases” y canonistas, “que elaboraron el concepto de *universitas*, para la Iglesia, como algo no idéntico a sus miembros y plantearon la cuestión de si la *universitas* podía ser excomulgada. La mayoría de los canonistas afirmó esto y a la vez, con ello, la capacidad penal de las *universitas*” (Hirsch, 2002).

Resulta un antecedente histórico en el desarrollo de estas doctrinas, lo elaborado por los glosadores y los canonistas, corrientes, que en su momento, recorrieron Europa, llegando inclusive a Alemania, en donde se veía con frecuencia procesos penales en contra de ciudades, corporaciones, municipios, etc.; empero, a raíz de distintas circunstancias, entre ellas, postulados científicos, y al ya no encontrar necesidad política ni práctica en la responsabilidad penal de la persona jurídica, esta se dejó de lado, así lo establece Hirsch, sin embargo vemos que esta teoría de la responsabilidad a la persona moral no es tan reciente como podríamos pensar.

Con este trasfondo histórico, pasamos entonces a analizar los puntos en los que se apoyan estas doctrinas para establecer no solo la necesidad, sino una posibilidad real de responsabilidad penal de la persona moral.

Empezamos con la acción, como habíamos visto antes, la acción es el ejercicio de la actividad final del ser humano, y como tal es necesaria una facultad psíquica que forme la voluntad de realizar una determinada acción, pudiendo realizarla solamente la persona natural, y mal podríamos ligar la conducta de esa persona, con la de la persona moral.

Sin embargo, para Hirsch, y muchos otros doctrinarios, aquel argumento no es del todo convincente, pues, a decir del autor, “es correcto que la afirmación de la punibilidad de las asociaciones de personas debe ser a una acción penalmente típica de una persona natural que actúa por la asociación. En esta medida se habla del hecho vinculante. Por eso, el problema también es independiente de la polémica de la dogmática penal, relativa a si, con relación a la estructura de la acción penalmente relevante, se debe partir de un concepto de acción final, causal o social.” (Hirsch, 2002).

De esto se deduce que la problemática no es la estructura de la acción como tal, sino, como lo dice Hirsch, su relación con el sujeto, y es, a partir de este enunciada que se pretende “combatir” a fin de debilitar el argumento de la acción frente a la Teoría del Delito, y no solamente con eso, pues, además, como lo establece Tiedemann, se dice, al analizar los grados de autoría, que el autor mediato y el coautor, pueden ser responsables penalmente, sin ellos haber participado de manera directa en la acción que genera un ilícito típico, antijurídico y culpable, con los llamados “autores intelectuales”, estando vinculados con la realización del hecho delictual, empero, si haremos un reparo a esta cuestión pues,

para tener la calidad de autor mediató o coautor, si es necesario estar dotado de conciencia y voluntad para dirigir su conducta a la realización del tipo penal.

Hirsch toma elementos de la doctrina de Tiedemann, al decir que “las asociaciones de personas son realidad, y porque, justamente debido a su existencia no solo ideal, sino real, son convertidas en destinatarios de deberes –sea, en general, de la sociedad, sea, en particular, del ordenamiento jurídico-, ellas cometen una lesión al deber, cuando no cumplen las órdenes normativas que se les dirige.” Continúa el autor, “y dado que la corporación como tal actúa hacia afuera mediante acciones humanas de sus órganos; estas acciones son, al mismo tiempo, también las suyas propias. De lo que se trata aquí, en consecuencias, es una forma del actuar por medio de otro” (Hirsch, 2002), concluye diciendo que, las asociaciones de personas por sí mismas, si son capaces de actuar.

Nos damos cuenta que estas corrientes orientan a la acción de la persona jurídica, vinculándola a la conducta de una persona natural que actúa a nombre de ella, es decir, como lo exponía Hirsch, se habla de una vinculación de la acción, y asemejan a la persona jurídica a la persona natural, en cuanto ella es la titular de los derechos y deberes que a ella se le otorgan, y la única que podría violar los deberes impuestos, ya sea por mandato de la norma o por alguna otra situación, más allá que sea la persona natural, distinta de ella, quien intervenga en las distintas relaciones que nacen de la naturaleza de las personas morales, de manera idéntica lo plasma Heinitz, citado por Hans Hirsch, “si ellas son destinatarias de deberes jurídicos, entonces, no sólo pueden cumplirlos, sino también lesionarlos” (Hirsch, 2002), Hurtado Pozo por su parte nos dice que: “en Derecho Privado no se niega, recurriendo a la misma concepción, que la persona jurídica tenga la capacidad de actuar (suscribir contratos), la capacidad de responder por los perjuicios causados (indemnización por actos ilícitos:

incumplimiento de contrato), la capacidad para soportar sanciones civiles (inhabilitación para efectuar ciertas actividades). La persona jurídica es tratada de la misma manera que la persona individual en la atribución de derechos y obligaciones, a pesar que no es un ser humano, una persona natural” (Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho Penal Suizo-Hurtado Pozo, José, s.f.), si se acepta esta premisa, no fuese ilógico que las personas morales sean susceptibles de una pena, en razón de un ilícito cometido vinculados a ellas.

Con ello se trata de sortear el obstáculo de la acción de la Teoría del Delito, y en parte la aplicación de las penas a la persona jurídica, empero, todavía queda un punto más por rebatir, a decir de los doctrinarios, la capacidad de culpabilidad.

Analizamos en acápite anteriores, que la culpabilidad se trata de un juicio de desvalor sobre el autor, un juicio de reprochabilidad al autor de su conducta típica y antijurídica, conociendo la antijuridicidad de su accionar y con la voluntad para la realización del tipo, por tanto, necesariamente dotado de conciencia.

Se sostiene por parte de estas corrientes que en el caso de la culpabilidad de la persona jurídica ocurre un fenómeno distinto, en palabras de Hirsch, “en el caso de las asociaciones se da más bien un fenómeno paralelo al de la culpabilidad individual, “la culpabilidad de la asociación”, que es suficiente para el concepto de culpabilidad penal” (Hirsch, 2002). Para este autor, todo se refleja en que, al momento de hacer un juicio de reprochabilidad a la persona jurídica, se le aplican “parámetros morales”, así, no resulta extraño hablar de valores morales que tiene la persona moral, como por ejemplo, el honor; “no solo se habla del honor de las naciones, sino también del honor de empresas y asociaciones (...) En esta medida, por tanto, es absolutamente posible comprobar paralelos de culpabilidad con las

personas naturales” (Hirsch, 2002), con ello se trata de explicar que, paralelamente a la culpabilidad del autor del delito, se le puede reprochar la conducta a la persona jurídica, que, que, como veíamos anteriormente de acuerdo a estas corrientes, si es capaz también de actuar.

Por último, tenemos la objeción de las penas, tema que no profundizaremos pues no tiene mayor importancia para el desarrollo de este trabajo. Sin embargo, si debemos tomar en cuenta lo que nos dice el maestro Hirsch, “El legislador, antes bien, tiene la posibilidad de introducir la pena de las asociaciones, si le parece indicado desde el punto de vista de la política criminal, sin entrar en conflicto con los puntos de vista científicos” (Hirsch, 2002).

Con esto concluimos el desarrollo de este apartado, si bien, daremos conclusiones al final de la elaboración de este trabajo, resultaría equívoco no mencionar ciertos aspectos que han resaltado a lo largo de este capítulo.

En primer lugar entramos en la discusión de si debe o no haber una responsabilidad penal de la persona jurídica, pues, de la manera en que la Teoría del Delito está recogido en nuestro Código sería impensable, siguiendo los postulados de varios doctrinarios, y tomando en cuenta que se trata de un desarrollo finalista de la acción, y en consecuencia, la estructura del delito está orientada bajo esa concepción, lo que hace imposible la aplicación de un régimen penal de la persona jurídica, habiendo inclusive, una contradicción conceptual dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Sin embargo existen nuevas doctrinas, que acepta la responsabilidad penal de persona jurídica, y debemos suponer que nuestro Código las acepta, y suponiendo que es aceptable la responsabilidad por un hecho ilícito de una persona moral, tenemos una situación bastante curiosa. Doctrinariamente, en los postulados que hemos revisado en este acápite, no existe

diferencia alguna para la aplicación de responsabilidad a las personas jurídicas, toda la explicación está dirigida a la asociación de personas como tal, tenga ésta la naturaleza que siendo así, nos cuestionamos, ¿por qué las personas de derecho público no están contempladas en la redacción del artículo que establece la responsabilidad penal de la persona jurídica?, ¿tipos penales en los que puede ser responsable la persona jurídica de derecho público se dejaron afuera?, y por supuesto, la pregunta clave, ¿Al circunscribir la responsabilidad penal de una persona moral a aquellas de derecho privado, se rompe con el principio universal de igualdad?.

A continuación trataremos de responder estas interrogantes, sobre todo, la que versa sobre el principio de igualdad, a fin de tener una respuesta lógica.

CAPÍTULO 3.- PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Es menester que para el desarrollo de este capítulo, revisemos antecedentes históricos de la evolución de este principio. A fin de comprender su alcance, y, sobre todo, la regulación que tiene en nuestro ordenamiento jurídico actual, a raíz de la Constitución del año 2008.

Cabe aclarar que, existen varias vertientes que engloba este principio, verbigracia, principio de igual formal y material, sin embargo, nosotros nos concentraremos en la “igualdad ante la ley”.

3.1 NOCIONES GENERALES.

El principio de igualdad encuentra sus orígenes en la antigua Grecia, cuna de la democracia y principios imprescriptibles, como el tratado en este acápite, el cual, nace de la llamada Isonomía, que etimológicamente significa “repartición equitativa y en época clásica igualdad jurídica, igualdad de derechos ciudadanos, y remite al hecho de que las

leyes son iguales para todos” (etimologias.dechile.net, s.f.), inclusive, en Grecia de aquel tiempo, se lo utilizaba como sinónimo de democracia, situación que no nos resulta extraño, si si revisamos uno de los conceptos dados a la democracia (fuera de la conceptualización etimológica de la palabra) manifestado en el discurso que se atribuye a Pericle: “Nuestro gobierno se llama una democracia porque su control está en las manos de muchos, no de unos pocos. Todos los hombres son iguales ante la ley en el arreglo de sus pleitos privados, y los honores públicos se otorgan a un hombre según su mérito, y no porque pertenezca a una clase determinada... Nadie queda marginado de cargos públicos en razón de su pobreza o su rango; se espera que sirvan al estado todos los que están en condiciones de hacerlo” (sites.google.com, s.f.); aquí, se establecen nociones básicas de la igualdad, estableciéndola inclusive como uno de los fundamentos de la democracia. Notamos la importancia que tiene y partimos de esto para desarrollar este tema.

De la manera en que lo establece Efraín Pérez Casaverde, “este derecho tuvo una evolución histórica fruto del pensamiento del siglo XIX, que se configuró como el principio de igualdad de todos los sujetos de derecho en el ejercicio de los derechos subjetivos; el concepto de igualdad forma parte del acervo cultural del pensamiento occidental” (Pérez Casaverde, 2013).

Es imperioso manifestar la noción que encuentra en un Estado Constitucional de Derechos, de acuerdo a Juan Bilbao, Estado Constitucional Democrático y social: “**conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia como en el de su aplicación (...)**” (Pérez Casaverde, 2013) (el subrayado me pertenece). Ello conlleva a la protección que tienen las personas otorgada por la misma ley, cuando ésta resulta arbitraria, y menoscaba derechos fundamentales, en este caso, el de la

igualdad, a fin de que no exista discriminación alguna y todas las personas gocen de los mismos derechos independientemente de su origen, condición, etc.

Es necesario que plasmemos una situación, que puede generar dudas a lo largo de este capítulo, pues, se podría pensar que estos derechos, protecciones y deberes, están dirigidos únicamente a las personas humanas, empero, ello no puede estar más errado, pues los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales, ponderan una protección total sobre todas las personas e instituciones del Estado y demás Organismos internacionales en defensa de sus derechos, además, como veremos más adelante, nuestra Constitución solamente habla de personas, sin hacer diferenciación de personas naturales o jurídicas, lo que nos hace entender que de hecho, esta protección se expande para todas las personas en general.

Bien lo dice Efraín Pérez Casaverde, la ley tiene efecto erga omnes, es decir, la ley es, o debe ser, igual para todos, así lo establece Rubio Llorente, citado por Pérez Casaverde: “porque es general y abstracta, pero el legislador al establecerla, no tiene otros límites que derivan de esta estructura necesaria, respetada, la cual puede dotar de relevancia jurídica a cualquier diferencia fáctica que la realidad ofrezca” (Pérez Casaverde, 2013).

A razón de esto, es necesario traer a colación lo que establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado y ratificado por el Ecuador, en donde en su Art. 26, establece lo siguiente:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derechos sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos

de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

Debemos recordar que, al ser un Tratado ratificado por nuestro país, forma también parte de nuestro ordenamiento jurídico en razón de lo que reza el Art. 425 de nuestra Constitución.

Es indudable que, parecería, como ya lo habíamos dicho antes, que este principio, y las normas que lo recogen, están dirigidos solamente a personas naturales, empero, no es así, pues, inclusive podemos notar que, al final del articulado, establece cualquier otra condición social, y ello amplía el campo de este principio, y creemos que se encuentran también, cobijados por esta garantía, las personas jurídicas.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, manifiesta en su Art. 24:

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección a la ley” (Convención Americana de Derecho Humanos, Actualizado a 2016).

Esta norma, merece similar análisis a la anterior, pues, también forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, al ser una convención ratificada por el Ecuador, y reconoce de igual manera la igualdad de las personas ante la ley, sin hacer distinción alguna entre natural o jurídica.

Frente lo expuesto, solo nos queda decir que el principio de igualdad, nace como respuesta al absolutismo, en donde imperaba la desigualdad y el arbitrio del soberano, empero, en la actualidad, este principio es rector de todo ordenamiento jurídico, y de igual manera lo

establece Pérez Casaverde: “el derecho a la igualdad es contrario a la desigualdad imperante en el tiempo del absolutismo. Antes el primero era una excepción, pues la regla fue el de la desigualdad social, política, económica en todos los marcos de la vida del hombre” (Pérez Casaverde, 2013).

Con ello, podemos decir, en palabras de Rubio Llorente, que “la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones” (Pérez Casaverde, 2013).

Concluimos este acápite con nociones generales del principio de igualdad, evolución histórica e inclusive un concepto, y pasamos a analizar su regulación en el Ecuador, a raíz de la Constitución del 2008 en donde se crean nuevos paradigmas que, de cierto modo, revolucionan la situación jurídica de las personas, cosas y demás situaciones en nuestro país, entre ellos, el principio universal de igualdad.

3.2 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN NUESTRO SISTEMA.

El principio de igualdad, se encuentra plasmado en nuestra Constitución en el Art. 11, norma que, en su parte pertinente, reza:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...)” (Constitución de la República del Ecuador, Actualizado a 2016)

Sobre esto, vamos a hacer algunas puntualizaciones, siguiendo la línea argumental de Javier Pérez Royo, que trata este tema de manera muy interesante y que, a la postre, nos será de mucha ayuda en el desarrollo de este trabajo.

Para Pérez Royo, la igualdad resulta ser “una técnica para la gestión de la diferencia” (Pérez Royo, 2002), y nos encontramos en una disyuntiva, ¿No era la igualdad un derecho?, ¿Cómo puede ser una técnica para la diferencia la igualdad?, interrogantes que nos dispondremos a contestar a continuación.

Quizás la primera no es tan importante, pues nosotros nunca hemos sostenido que se trata de un derecho, sino de un principio, valga la redundancia, uno de los principios rectores de todo el ordenamiento jurídico, empero, pueden generarse confusiones pues, cuando revisábamos nociones generales y establecíamos antecedentes históricos, muchos doctrinarios utilizaban el término derecho para referirse a la igualdad, seguramente ligándola al derecho de no discriminación, que guarda relación, sin embargo ello es errado, pues se trata más bien de una ficción, y tal como lo plasma Pérez Royo, “la igualdad no puede ser considerada como derecho porque repugna a la condición individual del ser humano. El derecho a la igualdad sería la cancelación de la individualidad del ser humano, y supondría, en consecuencia, la negación de todos los demás derechos” (Pérez Royo, 2002), se fundamente este autor al decir que, cuando las personas ejercemos nuestros derechos, lo hacemos de manera individual, y es, precisamente aquello lo que nos hace diferentes, “el ejercicio de nuestros derechos es una permanente manifestación de nuestra individualidad, es decir, no de aquello en lo que somos iguales sino de aquello en lo que somos diferentes” (Pérez Royo, 2002).

La exposición de Pérez Royo, también nos da luces en cuanto a la segunda interrogante, ¿cómo puede ser una técnica para la diferencia?, pues como notamos, el ejercicio individual de nuestro derechos nos hace diferentes, si bien suena curioso, tiene lógica si partimos de la individualidad del ser humano y del ejercicio de sus acciones, así la igualdad surge como el instrumento para ejercer los derechos, diferenciándonos unos de otros.

Con esto sentado, es momento que pasemos a analizar el tema que nos interesa, la igualdad ante la ley, o como lo expresa Pérez Royo, “la mal llamada igualdad ante la ley”, y la establece más bien como “fundamento y límite de la diferencia legislativa”.

Es normal que, tradicionalmente, haya nacido la concepción de igualdad ligada a la ley, de ahí que surja la concepción “igualdad ante la ley”, empero, aquella definición es equívoca, pues, “no es verdad que los ciudadanos (...) sean iguales ante la ley. Somos iguales ante la Constitución, pero no ante la ley (...) porque la ley no es voluntad general. La ley es la expresión de la voluntad general” (Pérez Royo, 2002).

Además establece el autor citado que, no puede existir igualdad ante la ley, que la denomina también como igualdad legislativa, pues la ley en sí resulta una abstracción, y por lo tanto, una categoría normativa, “la ley, las leyes, no contemplan, pues, a los individuos en lo que tienen iguales, sino en lo que tienen de diferentes. A uno lo contempla como comprador y a otro como comprador. A uno como demandante y a otro como demandado. (...) “La igualdad ante la ley es, pues, un imposible lógico” (Pérez Royo, 2002).

Con esto pueden existir tantas dudas cuantas respuestas queramos darles en torno a la igualdad, sin embargo, estaríamos forzando situaciones que no son las correctas, pues,

creemos que la línea de Pérez Royo de hecho es precisa, empero, estaría incompleto el análisis esgrimido debido a que no hemos justificado el meollo del asunto, el principio de igualdad y sus connotaciones. No nos confundamos, pues lo que hemos dicho hasta este punto no significa que de hecho no deba existir igualdad ante la ley, que claro, está mal denominada por las razones antes revisadas, pero si existe una concepción que debe seguir el legislador y que resulta una garantía para todas las personas, “la neutralidad legislativa”, a esto es lo a lo que llega la igualdad constitucional, no podría en ningún momento ser la ley igual, pero si debe ser neutral.

“El poder legislativo debe ser neutral a la hora de aprobar una ley. La ley, en cuanto a la expresión de la voluntad general, **no puede tomar partido por una voluntad particular frente a la otra**” (Pérez Royo, 2002)(el subrayado me pertenece), esto es lógico, y entendemos lo que exponía el autor anteriormente, no se trata de un derecho ni mucho menos de una igualdad absoluta, se trata de una diferencia, diferencia que nace a partir de la igualdad constitucional, que se expresa en neutralidad legislativa.

Ahora, no pensemos que porque el legislador deba ser neutral no deba diferenciar, ello sería caer en un absurdo pues el legislador carecería de campo de acción al crear una ley, sin embargo no puede establecer diferencia sin razón alguna, debe seguir ciertos criterios, a saber: objetividad, razonabilidad y proporcionalidad; de lo contrario, mal podría distar una persona de otra, una cosa de otra, una situación de otra. En definitiva, lo que prohíbe la igualdad constitucional es que el legislador “diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. Es decir, que tome partido ante el ejercicio del derecho a la diferencia. De ahí que el contenido de la igualdad no sea otro que la prohibición de la discriminación” (Pérez Royo, 2002).

Es diáfana esta posición, y es por ello que, en párrafos anteriores, decíamos que la igualdad guarda relación con la no discriminación, pues lo primero se transmite en lo segundo; la ley debe ser neutral, y por lo tanto, mal podría el legislador establecer diferencias si no cuenta con bases para ello, es decir, no puede actuar arbitrariamente cuando se expide una norma, ya sea civil, penal, laboral, etc., aquella conducta se encuentra prohibida por nuestra Constitución cuando habla de la igualdad, en su Art. 11 numeral 2.

De esta manera, identificamos al principio de igualdad en nuestro sistema, analizamos su concepción y sus connotaciones tanto constitucionales cuanto legales, y es momento de hacer una reflexión en torno a la problemática del tema estudiado, sin perjuicio que lo trataremos más adelante al culminar esta investigación.

Regresamos con la misma pregunta, base de nuestra investigación, ¿al circunscribir la responsabilidad penal de una persona moral a aquellas de derecho privado, se rompe con el principio universal de igualdad?, hemos visto ya que, nuestra norma penal, en su Art. 49 recoge la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero únicamente para la persona moral de derecho privado, excluyendo la de derecho público, situación que hemos revisado exhaustivamente a lo largo de este trabajo, ¿ello es correcto? ¿existe una razón para hacerlo? Podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que no encontramos razón alguna para esta diferencia, recordemos, de acuerdo a la teoría finalista de la acción, que recoge nuestro Código, no puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica, empero, doctrinas afirman que de hecho hay la posibilidad de que las personas morales sean imputables de un delito, mas no encontramos, en ninguna de estas teorías que, suponemos nuestra norma punitiva las acepta, justificación para que se establezca una diferencia entre las personas jurídicas de derecho público y privado, pues simplemente hablan de persona jurídica como

tal, sin hacer distinción alguna, ni tampoco encontramos sustento suficiente para desemparejarlas, en una norma penal, con lo estudiado en el primer capítulo de este trabajo; por lo tanto, y de lo revisado en este acápite sobre la igualdad, parecería que el legislador ha actuado de manera arbitraria al redactar el Art. 49, sin tener bases para excluir a la persona jurídica de derecho pública de una eventual responsabilidad penal.

Terminamos el desarrollo de este capítulo, teniendo ya fundamentos sólidos que nos ayudarán en la culminación de este proyecto, a continuación, revisaremos la redacción del Art. 49 del Código Orgánico Integral Penal, y, teniendo toda esta carga doctrinaria por detrás, trataremos de analizar la “ratio legis” detrás de la norma mentada, para tener seguridad al momento de afirmar que de hecho, existe un resquebrajamiento del principio de igualdad en el COIP.

Por supuesto, previo a revisar el último capítulo, debemos establecer la importancia que tiene tratar el principio de igualdad y de reconocer su regulación y efectos en nuestra regulación, pues si bien se lo ha tratado de justificar a lo largo del desarrollo del capítulo, puede resultar extraño el mismo, en un trabajo que se encamina en un tópico penal. Sin embargo, resulta fundamental revisar la igualdad pues sobre la base de este principio es que estableceremos el manejo de la doctrina civil y societaria en el caso de las personas jurídicas, penal, y la redacción que tiene el Código Orgánico Integral Penal, para concluir, que se rompe el principio universal de igualdad, al dejar excluida a las personas de derecho público de la responsabilidad penal.

CAPÍTULO 4.- REGULACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Entramos al estudio del capítulo final de este trabajo, en donde analizaremos el alcance de la disposición contenida en el Art. 49 del Código Orgánico Integral Penal, además de estudiar las sanciones y los delitos en los que la persona jurídica de derecho privado, de acuerdo a nuestra legislación, puede incurrir.

Debemos adelantar, que, en este capítulo, no tendremos la carga doctrinaria que la tuvimos en los capítulos precedentes, pues éste se centra, ya no en la parte dogmática, sino en la parte positiva, tomando en cuenta las normas de derecho penal que nuestra norma punitiva contempla.

4.1 REDACCIÓN DEL ART. 49 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Es necesario, en primer lugar, hacer una breve referencia a lo que llevó a nuestros legisladores a incorporar la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestra norma punitiva.

Ello responde a lo que se conoce como el derecho penal empresarial, debido a la importancia que han tomado las empresas en el Ecuador en la actualidad, el órgano legislativo ha asumido una postura de protección, vale decir, que por primera vez lo encontramos en nuestro ordenamiento jurídico. Si revisamos antecedentes históricos en nuestro país, uno de los que resalta, por obvias razones fue el que sucedió en el año de 1999, cuando ocurrió el denominado “feriado bancario”, en el que, no solo se vio la necesidad de tener regulaciones más rígidas para los bancos, sino también, se denotó el gran impacto que pueden tener las empresas en la economía nacional. No afirmamos que

este sea el hecho detonante, empero es un antecedente importante que nos da luces a fin de comprender la razón detrás de la regulación.

A raíz de la publicación en el Registro Oficial No. 180, de fecha 10 de febrero de 2014, del Código Orgánico Integral Penal, y cumplido el tiempo previsto en la disposición final, entró en vigencia una nueva normativa penal, que introdujo varios conceptos, que no los encontrábamos antes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, entre ellos, la responsabilidad penal de persona jurídica, como veremos a continuación, el Art. 49 de nuestra norma punitiva contempla lo expuesta, sin embargo, debemos realizar algunas puntualizaciones, a fin de comprender su alcance, y su verdadero espíritu.

El Art. 49 del Código Orgánico Integral Penal reza:

“Artículo 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 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, 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” (COIP, 2014)

Como podemos notar, se pueden colegir varias situaciones a raíz de esta redacción que, a continuación, vamos a revisarlas.

En primer lugar, el legislador ecuatoriano, ha reducido la cantidad de delitos en los que podría incurrir la persona jurídica, siendo solamente los casos previstos en el Código, en donde expresamente se acepta la posibilidad de que la persona moral puede cometer un delito.

Así mismo, debemos tomar en cuenta una situación importante, claramente se establece que, es menester que el delito sea cometido para beneficio propio o sus asociados, si aquello no se verifica, la persona jurídica no afrontaría una eventual responsabilidad penal.

Después, el Código establece una categorización de las personas naturales que, a través de su acción u omisión, pueden acarrear responsabilidad penal a la persona jurídica, y así tenemos una amplia lista de personas que, en razón de su cargo, pueden encontrarse dentro de este supuesto; mas lo que debemos destacar es, al final, deja una especie de llave abierta al decir **quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas**, sobre esto debemos entender entonces que cualquier persona, que ocupe cualquier posición dentro de una asociación, si actúa bajo órdenes de una de las citadas en el Art. 49, puede también estar dentro del supuesto de la norma mentada.

Acerca de esto, es imperioso pronunciarnos, previo a revisar lo que corresponde por motivos de nuestro trabajo de investigación, pues, a nuestro criterio, fuese equívoco pensar

que aquella disposición amplía el sujeto activo del delito más allá de lo que realmente se busca, en una apreciación sumamente personal, cabría una interpretación restrictiva de la normal penal, siguiendo las reglas que se encuentran plasmadas en el Art. 13 del Código Orgánico Integral Penal; traemos a colación este particular pues, podría pensarse que al decir **quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas**, se referiría al día a día de las labores, tomando en cuenta la jerarquía que normalmente se sigue en una compañía, bajo las instrucciones de un supervisor, por ejemplo, se pueden encontrar varias personas, inclusive, si llegamos a un extremo, un ayudante de limpieza, si le queremos dar un campo amplio a la redacción del Art. 49, aquel ayudante al cometer un delito, de los que pueda responder penalmente la persona jurídica, y se ha reportado un beneficio para la persona moral o para uno de sus asociados, la persona jurídica puede responder penalmente, ello sería errado, lo correcto es suponer que, si es el supervisor quien ordena la comisión de un delito a cualquier persona que se encuentre bajo sus órdenes, es allí donde respondería penalmente la persona moral, y no de otra manera.

Una vez que hemos realizado puntualizaciones específicas acerca de la norma penal sujeta a estudio, es momento que pasemos al punto neurálgico de nuestro trabajo, al analizar la regulación en cuanto a qué personas jurídicas pueden responder penalmente.

Es diáfano el texto de la norma, al manifestar que **en los supuestos previstos en el Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o sus asociados**, no cabe interpretación alguna, las personas jurídicas de derecho público no se encuentran dentro de este supuesto, por lo tanto, jamás se podría procesar por un delito a una persona moral de esta índole, lo que nos lleva a preguntarnos, ¿el legislador ha encontrado una razón objetiva,

razonable y proporcional para diferenciarla de la persona jurídica de derecho privado?, creemos que no, como a continuación argumentaremos.

A riesgo de adelantarnos a las conclusiones de este trabajo, es menester realizar una reflexión, ¿ha sido correcto el manejo que la Asamblea Nacional dio a la teoría del Delito, a las corrientes doctrinarias que lo envuelven, a los motivos y demás por menores que llevaron a la expedición del Código Orgánico Integral Penal?; sin que sea nuestro objetivo criticar la actuación del órgano legislativo, si precisamos que no hubo un manejo correcto de la dogmática penal en el desarrollo de la norma punitiva, sin mencionar otras faltas que encontramos en el Código, centrándonos únicamente en el Art. 49, nos damos cuenta que se cometieron errores pues, en ninguna de las doctrinas revisadas que postulan la responsabilidad penal de la persona jurídica se hace una diferenciación entre persona jurídica de derecho privado y de derecho público, menos aún, cuando realizábamos el primer capítulo de esta investigación, encontramos una discrepancia sustancial que permita establecer la exclusión de las personas jurídicas de derecho público de la regulación del Código Orgánico Integral Penal, por lo tanto, nuestra norma penal, no encuentra justificación alguna para dejar fuera de la esfera típica a las personas morales de derecho público.

Hasta este punto hemos analizado únicamente la redacción del Art. 49, que podría ser suficiente para la conclusión de este trabajo, empero, resulta imperioso revisar dos temas más, las sanciones que pueden imponerse a la persona jurídica, y los tipos penales por los que pueden responder, sin los cuales, no haríamos un estudio completo.

4.2 SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Este acápite resulta ser, en su mayoría descriptivo, pues estableceremos un catálogo de las sanciones que pueden imponerse a la persona jurídica, analizando, de manera sucinta, si es que aquellas sanciones también se las puede aplicar a las personas morales de derecho público.

El Art. 71 del Código Orgánico Integral Penal, es el que establece las sanciones a aplicarse a la persona jurídica, en caso de que se determine que es responsable por un ilícito, la norma reza:

“Artículo 71.- Penas para las personas jurídicas.- Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes:

1. *Multa*
2. *Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial*
3. *Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o el daño ocasionado*
4. *Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial*

5. *Remediación integral de los daños ambientales causados*
6. *Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de las personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de reconstrucción o de reactivación de la persona jurídica*
7. *Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción” (COIP, 2014)*

Salvo el contenido en el numeral 7, las penas aplicables a la persona moral, pueden ser impuestas independientemente de si se trate de una persona jurídica pública o privada, no existe causa suficiente para diferenciar la imposición de sanciones, tanto es así, que si nos remitimos al primer capítulo de este proyecto, vemos que las empresas públicas también pueden ser disueltas y liquidadas, únicamente en los casos previstos en la ley; empero, ello denota la posibilidad de que de hecho, las empresas y las personas morales que componen el sector público, no son eternas, y así, si es posible que se disuelvan, entonces no hay razón por la que, a raíz de una infracción penal, se pueda establecer aquella sanción.

Eso en cuanto a la clausura y disolución de la persona jurídica, es más claro aún cuando hablamos de multa, el comiso penal o inclusive las remediaciones ambientales, que bien pueden estar incluida las de derecho público, sobre todo en la última pena citada pues, en nuestro país, el manejo de hidrocarburos, es casi exclusivo de empresas estatales, y, dado que aquellas actividades suponen un riesgo para el suelo, agua, etc., es errado “dejar de lado” a las empresas de derecho público de la regulación penal.

Habíamos advertido que este acápite sería meramente descriptivo, sin embargo, con el análisis esgrimido sobre las penas a la persona moral, creemos que hemos agotado el tema, máxime que será en las conclusiones donde confirmaremos nuestra hipótesis planteada, apoyándonos en todo el trabajo de investigación, y este apartado, ha cumplido con su parte.

A continuación, concluiremos este capítulo con la revisión de los tipos penales que contienen las responsabilidad penal de la persona jurídica, si bien, correrá la misma suerte que el presente acápite, es decir, en su mayoría será meramente descriptivo, nos detendremos a realizar un análisis un poco más profundo pues, como veremos, muchos de los delitos establecidos en el Código de los cuales puede responder penalmente la persona moral, las puede realizar una persona jurídica, bien sea de derecho privado o derecho público sin reparo alguno, lo que nos encaminará de manera definitiva a concluir que existe un resquebrajamiento del principio de igualdad al circunscribir la responsabilidad penal de las personas morales a aquellas de derecho privado solamente.

4.3 DELITOS EN LOS QUE PUEDE INCURRIR LA PERSONA JURIDICA

Como bien lo adelantábamos, el Código Orgánico Integral Penal, prevé responsabilidad penal para la persona jurídica de derecho privado, únicamente en los supuestos previstos en el Código, es decir, en aquellos delitos en los que expresamente el legislador, ha advertido una sanción para la persona moral; siendo así, ahora, al igual que en el acápite anterior, estableceremos una suerte de catálogo de los títulos en cuyos delitos puede responder penalmente una persona jurídica, si bien, será meramente descriptivo, si realizaremos un análisis a fin de determinar si en aquellas conductas típicas puede responder también una persona moral de derecho público

Si nos remitimos al Código, dentro de los siguientes títulos se encuentra prevista una sanción para la persona jurídica, recordando, que siempre debe verificarse lo que manda el Art. 49 de la norma penal:

- “Delitos contra la humanidad
- Trata de personas
- Diversas clases de explotación
- Delitos contra el derecho de propiedad
- Delitos contra la migración
- Delitos contra el derecho a la salud
- Delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado
- Delitos contra el derecho a la cultura
- Delitos contra el derecho al trabajo y Seguridad Social
- Delitos contra la biodiversidad
- Delitos contra los recursos naturales
- Delitos contra la gestión ambiental
- Delitos contra los recursos mineros

- Delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles
- Delitos contra el régimen de desarrollo-Defraudación tributaria
- Delitos Económicos
- Delitos contra el sistema financiero
- Ciertas infracciones de tránsito” (Araujo Granda, 2014)

Como notamos, son varios delitos por los que se puede imputar penalmente a una persona jurídica, sin que sea menester revisar cada uno de los delitos, pues su análisis fuese extenso al extremo, máxime que no va dirigida la problemática del presente trabajo a examinar cada una de las conductas típicas, pero si haremos una reflexión en ciertos delitos a fin de determinar si la persona jurídica de derecho público puede ser penalmente responsable por aquellas conductas.

Tomemos el contenido del Art. 262 del Código Orgánico Integral Penal, cuando regula la paralización del servicio de distribución de combustibles, la norma referida expresa:

“Artículo 262.- Paralización del servicio de distribución de combustibles.- La persona que suspenda de manera injustificada el servicio público de expendio o distribución de hidrocarburos o sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años” (COIP, 2014)

Las sanciones a la persona jurídica, los encontramos en el Art. 267 del mismo cuerpo legal.

Sobre esto, propongamos un ejemplo didáctico, a fin de dilucidar nuestra exposición en cuanto a esta norma; pensemos en una empresa estatal que está encargada del manejo de una planta de gas licuado de petróleo, y, a través de un supervisor, sin justificación alguna, se da una orden de salida de todos los trabajadores del lugar y se paraliza la operación de planta, dejando de producirse el combustible mencionado, producto de aquello, la demanda aumenta y por lo tanto el precio del gas licuado de petróleo también; días después reanudan sus labores en la planta y el combustible se vende a un mayor precio, reportando beneficio a la persona jurídica constituida en la empresa estatal.

El ejemplo propuesto, si bien tiene fines didácticos no constituye una ficción, es una posibilidad muy real de verificarse, en este modelo, se cumple con todos los requisitos que establece la norma penal para la responsabilidad penal de la persona jurídica salvo uno, que sea de derecho privado; empero, si nos fijamos en el ejemplo y lo analizamos detenidamente, nos damos cuenta que una empresa pública, también pudiera responder por delitos tal como lo establece nuestro Código.

Este tipo penal que acabamos de revisar, se deriva de otro, contenido en el Art. 346 del Código Orgánico Integral Penal, la paralización de un servicio público que resulta ser el tipo base en relación a lo que se dispone en el Art. 262 Ibidem, si analizamos la norma mentada, nos damos cuenta que, en ningún momento, se prevé responsabilidad penal para la persona jurídica, ello llama la atención sobremanera pues, carece de sentido que exista sanciones a la persona moral cuando se trate de la paralización del servicio de distribución de combustibles, mas cuando se habla de paralización de servicio público no encontramos tal consecuencia, hecho que supone una arbitrariedad por parte del legislador ecuatoriano,

cuando es diáfano que una persona de derecho público puede también ser responsable por la comisión de un delito.

Frente a lo revisado cobra mayor importancia nuestra pregunta de investigación, ¿Al circunscribir la responsabilidad penal de una persona moral a aquellas de derecho privado, se rompe con el principio universal de igualdad?, ni en la doctrina, ni en las sanciones menos aún en los delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal encontramos razón alguna para que las personas morales de derecho público no sean responsables penalmente, lo que nos lleva a confirmar nuestra hipótesis, categóricamente decimos: existe un resquebrajamiento del principio de igualdad al circunscribir la responsabilidad penal de una persona jurídica a aquellas de derecho privado solamente.

CONCLUSIONES

Hemos llegado a la culminación de este trabajo de investigación, para las conclusiones, es menester tomemos en cuenta todo lo que se ha estudiado dentro de la elaboración del presente proyecto para, ahora sí, concentrarnos en responder la pregunta de investigación planteada, que ha sido una constante durante el desarrollo de todos los capítulos y, gracias a la revisión y el análisis esgrimido en cada uno de los temas tratados, tenemos bases sólidas, no solamente doctrinarias, sino también legales para confirmar nuestra hipótesis; advertimos que, trataremos de realizar las conclusiones a través de varios puntos que fueron confirmados conforme se estudiaron, a fin de plasmar, en una manera didáctica, las conclusiones en este trabajo.

La persona jurídica dentro de nuestra legislación se encuentra reconocida como una ficción.

Nuestra legislación reconoce la existencia de la persona jurídica, sin embargo, para su regulación, toma en cuenta la teoría de la ficción, teoría que como analizábamos fue propuesta por Savigny y que se encuentra recogida en el Art. 564 del Código Civil, hecho que nos otorga pautas importantes a fin de determinar la naturaleza que tiene la persona moral en el Ecuador y la regulación que existe alrededor de aquella; no solamente en la norma civil, sino también en la Ley de Compañías, en donde se plasma y se reafirma la teoría de la ficción dentro de nuestro país.

Consecuencia de la ficción de la persona jurídica, su personalidad es distinta a la de sus socios o personas naturales que la componen.

Una consecuencia lógica de que nuestro sistema reconozca a la persona jurídica a través de la teoría de la ficción, resulta ser que, todas las personas naturales que la componen, ya sean socios, administradores, trabajadores etc., son distintos de la persona moral, así, por ejemplo, la persona jurídica puede ser responsable civilmente por incumplimiento, sin que ello suponga que todos quienes la forman deban responder también civilmente por aquella situación, y más claro aún, los socios no pueden ser perseguidos en sus patrimonios personales, sino únicamente hasta el monto de su aportación, hecho que confirma, que la personalidad que se le otorga a la persona moral es distinta de las personas naturales que forman parte de ella.

No existe distinción esencial entre persona jurídica de derecho público y de derecho privado.

Por supuesto, existen diferencias entre las personas jurídicas de derecho privado, bien sean con o sin fines de lucro, y las de derecho público, como empresas públicas e inclusive

el Estado, en cuanto a su nacimiento a la vida jurídica, su conformación y patrimonio; empero, lo que nos interesa en este apartado, es determinar si existe una diferencia esencial, que permita excluir a las personas de derecho público de la regulación del Art. 49 del Código Orgánico Integral Penal y no sean responsables penalmente, situación que no tiene asidero frente a lo estudiado, pues no existe incompatibilidad entre una persona moral de derecho privado con una pública que encamine a establecer responsabilidad penal solamente para la primera.

No puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica a la luz de la Teoría del Delito que recoge nuestro Código Orgánico Integral Penal.

Si bien este trabajo no está dirigido a discutir si una persona jurídica puede o no tener responsabilidad penal, es imperioso abordar este tema y a la conclusión a la que llegamos, pues, como revisábamos, si seguimos los planteamientos doctrinarios de una Teoría finalista de acción, con todo lo que ello implica, una persona jurídica no puede ser responsable penalmente por cuanto no puede cometer un delito pues no puede actuar, necesita de un tercero, distinto de aquella, para poder intervenir en el mundo exterior, y no solamente eso pues, es por naturaleza inimputable, al no tener conciencia y no poder motivarse en la norma penal es equívoco reprocharle una conducta; por lo tanto, no puede existir responsabilidad penal de la persona moral siguiendo inclusive las teorías que nuestra norma punitiva recoge.

El Código Orgánico Integral Penal recoge la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Nuestra norma penal, sortea los obstáculos que impone la Teoría del Delito, siguiendo doctrinas que aceptan la responsabilidad penal de la persona jurídica, empero, si analizamos

dichos postulados como lo hicimos, nos damos cuenta de una particularidad, a fin de poder aceptarlos, es imperioso aceptar a la persona moral como una realidad, mas no como una ficción, situación que recoge nuestro Código Orgánico Integral Penal en contra de la concepción que tiene nuestro sistema, hecho que nos da para cuestionarnos y suponer que no existió un manejo correcto de la dogmática, no solo penal, sino civil, público y societario, en la expedición de esta norma, máxime que no solamente esto nos llama la atención, sino que además, y como ya lo dijimos anteriormente, en ninguna de estas doctrinas a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica, existe distinción entre una de derecho público y una privada.

Se resquebraja el principio de igualdad al circunscribir la responsabilidad de las personas jurídicas solamente a aquellas de derecho privado.

Como corolario de este trabajo categóricamente afirmamos, el principio de igualdad, reconocido constitucionalmente, se ve quebrantado al circunscribir la responsabilidad de la persona moral solamente a las de derecho privado, pues no existe base alguna, ni doctrinaria ni legal para ello, intencionalmente por parte del legislador no se previó la responsabilidad penal para la persona jurídica de derecho público, ello supone no solamente un abuso del ius Punendi del Estado, sino una arbitrariedad por parte del legislador ecuatoriano, en contra manifiesto de mandatos y principios constitucionales que, debe, imperiosamente, llevar a una reforma legal para reparar esta afectación legal.

Bibliografía

- Araujo Granda, M. (2014). *La Nueva Teoría del Delito Económico y Empresarial en Ecuador: La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cerezo Mir, J. (2006). *Derecho Penal Parte General I*. Impreso en Lima: Ara Editores.
- Código Civil, C. (Actualizado a agosto de 2011). *Código Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador, C. (Actualizado a 2016). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Convención Americana de Derecho Humanos, C. (Actualizado a 2016). *Convención Americana de Derecho Humanos*.
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal Parte General Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- ERJAFE. (Actualizado a 2016). *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- etimologias.dechile.net*. (s.f.). Obtenido de <http://etimologias.dechile.net/?isonomi.a>
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado Tomo I*. Impreso en Lima: Ara Editores.
- Hirsch, H. J. (2002). *Derecho Penal Obras Completas Tomo III*. Impreso en Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Jescheck, H.-H. y. (2014). *Tratado de Derecho Penal Parte General Volumen I*. Impreso en Lima: Instituto Pacífico.
- Jiménez de Asúa, L. (1999). *Lecciones de derecho penal*. Ciudad de México: Oxford University Press.
- Las Personas Jurídicas- Juan Andrés Orrego Acuña*. (s.f.). Obtenido de <https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjo78fHwarOAhVKGx4KHQICD4kQFggnMAQ&url=http%3A%2F%2Fs73705fd50dada36d.jimcontent.com%2Fdownload%2Fversion%2F1362357324%2Fmodule%2F5566802371%2Fname%2FLas%2520Perso>
- Ley de Compañías, L. (Actualizado a 2016). *Ley de Compañías*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de Empresas Públicas, L. (Actualizado a 2016). *LOEP*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Maurach, H. (1994). *Derecho Penal Parte General 1*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Morales A., J. (1992). *Derecho Civil de las Personas*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Morales A., J. (s.f.). *Derecho Romano*. Universidad del Azuay.
- Muñoz Conde, F. (2000). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, P. (s.f.). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*.
- Pérez Casaverde, E. (2013). *Manual de Derecho Constitucional*. Impreso en Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.
- Pérez Royo, J. (2002). *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona: Marcial Pons.
- Ramírez Romero, C. (2004). *Manual de Práctica Societaria*. Loja: Gráfico Amaonas Cía. Ltda.
- Responsabilidad penal de la empresa en el Derecho Penal Suizo-Hurtado Pozo, José*. (s.f.). Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_12.pdf
- Rojina Villegas, R. (1986). *Derecho Civil Mexicano, Tomo Primero*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, S. A.
- Rojina Villegas, R. (1986). *Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, S. A.
- sites.google.com*. (s.f.). Obtenido de <https://sites.google.com/site/justosenvenezuela/sobre-los-derechos-humanos/la-igualdad-en-la-antigua-grecia>
- Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.
- Zavala Egas, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Quito: Edilex S. A.