SERIE Magíster
VOLUMEN 45

Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas

Santiago Basabe Serrano

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR
Ecuador

ABYA YALA

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas

SERIE Magíster
VOLUMEN 45

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Toledo N22-80 • Teléfonos: (593-2) 255 6405, 250 8150 • Fax: (593-2) 250 8156
Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
E-mail: uasb@uasb.edu.ec • http: //www.uasb.edu.ec

Ediciones Abya-Yala
Av. 12 de Octubre 1430 y Wilson • Teléfonos: (593-2) 256 2633, 250 6247
Fax: (593-2) 250 6255 • Apartado postal: 17-12-719 • Quito, Ecuador
E-mail: editorial@abyayala.org

Corporación Editora Nacional
Roca E9-59 y Tamayo • Teléfonos: (593-2) 255 4358, 255 4558
Fax: (593-2) 256 6340 • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador
E-mail: cen@accessinter.net

Santiago Basabe Serrano

Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas

UNIVERSIDAD ANDINA
SIMON BOLIVAR
Ecuador

ABYA YALA

CORPORACIÓN
EDITORA NACIONAL

Quito, 2003

Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas

Santiago Basabe Serrano



Primera edición:
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Ediciones Abya-Yala
Corporación Editora Nacional
Quito, diciembre 2003

Coordinación editorial:
Quinche Ortiz Crespo
Diseño gráfico y armado:
Jorge Ortega Jiménez
Cubierta:
Raúl Yépez
Impresión:
Impresiones Digitales Abya-Yala,
Isabel La Católica 381, Quito

ISBN: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
9978-19-001-5 (serie)
9978-19-074-0 (número 45)

ISBN: Ediciones Abya-Yala
9978-04-700-X (serie)
9978-22-362-2 (número 45)

ISBN: Corporación Editora Nacional
9978-84-250-0 (serie)
9978-84-342-6 (número 45)

Derechos de autor:
Inscripción: 019035
Depósito legal: 002578

Título original: *La responsabilidad penal de las personas en el marco de la legislación de los países de la Comunidad Andina de Naciones*
Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho
Programa de Maestría en Derecho, mención en Derecho Económico, 2002
Autor: *Santiago Gustavo Basabe Serrano.* (Correo e.: *santiago_basabe@hotmail.com*)
Tutor: *Ernesto Albán Gómez*
Código bibliográfico del Centro de Información: *T-0209*

Contenido

Reconocimientos / **9**

Introducción / **11**

Capítulo primero
De la defensa del principio del *societas delinquere non potest* hacia la reestructuración de los paradigmas de responsabilidad penal de las personas jurídicas / **17**

1. El *societas delinquere non potest.* Naturaleza y tendencias. El respeto a los principios de seguridad y afianzamiento de la actividad sancionadora del estado en materia penal / **18**
2. La responsabilidad punible de la persona jurídica: La *teoría de la realidad* y otras corrientes doctrinarias. Contraposición de los principios de personalidad de las penas y de responsabilidad colectiva / **26**
3. Razón, comunicación y legitimidad de la norma penal. Algunas corrientes doctrinarias del siglo XX frente a la sanción punible de la persona jurídica / **32**

Capítulo segundo
Hacia la imputabilidad penal de la persona jurídica. Análisis de las constituciones políticas, códigos penales y disposiciones normativas relacionadas en los países de la Comunidad Andina de Naciones / **57**

1. La posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica en el Ecuador. Los artículos 87 y 92 de la Constitución Política como elementos de discusión y debate / **58**
2. Las fronteras de responsabilidad en los delitos económicos: *imputabilidad de la persona natural* o *imputabilidad en base a la persona natural*. La ficción de los entes jurídicos / **71**

3. Los ordenamientos jurídicos de la Comunidad Andina de Naciones frente a la responsabilidad punible de la persona jurídica. Posicionamientos doctrinarios y positivos / **73**

Capítulo tercero
La Judicatura y el Foro frente a la atribución de responsabilidad punible a la persona jurídica. Algunos lineamientos básicos y perspectivas desde el Ecuador / **83**

1. Posición de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador frente a la vinculación de la persona jurídica con el hecho incriminoso / **86**
2. La sanción punible de las personas jurídicas: el efecto de la represión estatal y la estabilidad del derecho penal. Un enfoque desde el Foro / **97**

Conclusiones / **101**

Bibliografía / **103**

Universidad Andina Simón Bolívar / **109**

Títulos de la Serie Magíster / **110**

Lo más trascendente del presente trabajo pretende ser resumido en esta página, y es precisamente aquí donde se encuentra la valía de la labor realizada, ya que el sentido mismo de la investigación fue inspirado en quienes, de una u otra manera, aportaron para el feliz término de mi actividad académica en la Universidad Andina Simón Bolívar.

***A mis padres, Antonio y Laura**, quienes me enseñaron la rebeldía e irreverencia que debe mostrarse frente a lo injusto,*

*Al **Fabricio y la Paquita**, mis panas de toda la vida, va por ellos a la distancia,*

*A los **Pérez-Estrella**, mi segunda familia,*

*Al **Fredy Rivera**, pana, acolite y Maestro,*

*A **todos los compas de la Andina**, los 2001 y los 2002, gracias por soportar mis rabietas,*

*Al **Juan Fernando Terán**, quien me apoyó en todos mis proyectos,*

*Al quinto piso: **César Montaño, Consuelito Báez, Ximena Endara, Dunia Martínez** y todos quienes contribuyeron a mi formación académica,*

*Al profesor **Günther Aschemann**, quien me reveló un mundo hasta entonces desconocido,*

*A la **Tañita**, mi compañera durante esos dos años de trajín en la Andina, gracias por todo su acolite y apoyo,*

*Al **Enrique Abad, Silvanita, Mireya, Gustavo** y **Pacha**, quienes fueron testigos de mis interminable horas de desasosiego en la biblioteca de la Universidad,*

Al personal administrativo de la Andina, quien al compartir mis momentos felices y tristes contribuyeron a la conformación de una verdadera Comunidad Universitaria,

*A los **panas de la FLACSO-Ecuador**, docentes y compañeros de la maestría en Ciencia Política 2002-2004, quienes también me echaron ñeque para culminar esta investigación.*

*A todos y cada uno de los **Arauco**, en cuyo seno he iniciado un largo caminar hacia la trascendencia y la comprensión de las reales dimensiones de la vida.*

Reconocimientos

Fundamentalmente a los *Dres. Ernesto Albán Gómez y César Montaño Galarza*, quienes son parte activa del trabajo investigativo que ahora presento; sus aportes los llevaré imperecederamente gravados en el recuerdo de mi paso por la Academia.

A la *Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*, en cuyas aulas, corredores y espacios más recónditos transcurrieron dos de los años más intensos de mi vida.

Introducción

La historia que se ha ido elaborando alrededor del derecho y de la *ciencia* que éste materializa para quienes así lo conceptualizan (Kelsen, 1966), o la *técnica* depurada de solución de controversias y ordenación de conocimientos alrededor de un objetivo teleológico circunscrito alrededor de la obtención de justicia, para quienes nos inclinamos por el delineamiento del derecho como una técnica instrumentalizada (Habermas, 1988), pasan a ser discusiones de segundo plano –aunque correlacionadas– cuando se plantea sobre el abanico del debate y el análisis académico cuestiones que en sí mismas causan gran conmoción y estragos a las bases mismas de éste, al tocar paradigmas y principios inveteradamente mantenidos como articuladores de todo el engranaje de la normativa jurídica.

Los *principios*, se dice, son la esencia y pilar de sustentación de un conjunto de conocimientos frente a los que la verificación empírica o la comprobación de laboratorio otorgan credibilidad, pretensión de validez y aplicabilidad general. Por tanto, la variabilidad de aquellos es cuestión poco menos que imposible e inclusive no es motivo siquiera de discusión en las agendas diseñadas por cierto sector de los académicos y del mundo de la crítica en general. En el derecho, y más específicamente en el derecho penal, la construcción de *paradigmas* de referencia en torno a la viabilidad del objetivo sancionador y disuasor de esta disciplina son de *vieja data* y su rememoración no tiene por finalidad más que el afianzamiento de los postulados indefectiblemente materializados.

Así, el *nullum crimen sine lege*, el *nullum poena sine lege*, el *non bis ibidem*, entre otros, son verdaderas manifestaciones del esplendor alcanzado por los *clásicos* del derecho penal en torno a la cristalización de una disciplina férrea, homogénea y resistente ante cualquier intento de probar su esquematicidad y validez universal. Sin embargo, y dentro de la discusión jurídico-penal planteada desde finales de la década de los años setenta, el tema de la evolución del derecho punitivo, plasmada en nuevas formas de delincuencia, en el aparecimiento de innovadoras figuras criminales que se tornan difíciles de describir alrededor de un tipo penal objetivo, claro y enmarcador de la conducta humana específica, o en la dificultad de hallar los mecanismos procesa-

les que tornen a la norma adjetiva en un instrumento eficaz para la persecución de los sujetos activos de las «modernas» infracciones; son cuestiones que en buena medida empiezan a cuestionar la universalidad atribuida a la dogmática jurídica elaborada, al extremo que corrientes doctrinarias diversas e inclusive ordenamientos jurídicos positivos, empiezan a girar su orientación en torno a un derecho más eficiente y tutelador, tanto de los bienes jurídicos penalmente protegidos como de la seguridad jurídica y de la institucionalidad heredadas del Iluminismo y del triunfo de la razón humana decimonónica.

En este contexto, con el surgimiento de la *revolución industrial* y la consiguiente fuerza adquirida dentro de la relación capital / trabajo –en un sentido marxista– de la tecnología y la empresa como su foco de desarrollo y ejecución, las variables en torno al desarrollo de las relaciones sociales se transforman ostensiblemente, no solo en el campo económico sino también en el de la violación a determinados derechos adquiridos por los ciudadanos. Los primeros esbozos de un derecho penal especializado empiezan a surgir cuando la gran empresa, los bloques económicos de transferencia e intermediación englobados alrededor de los sistemas financieros y bancarios, y las redes mercantiles y bursátiles institucionalizadas y con vigencia propia, plantean a los sistemas sociales nuevas formas de agresión a derechos que son considerados como fundamentales para los hombres y básicos en el desarrollo de las relaciones capitalistas en proceso de construcción.[1]

1. La discusión en torno a las libertades adquiridas a raíz del proceso revolucionario francés y las implicaciones nacidas desde la revolución americana plantean diferentes entradas teóricas en torno a la propiedad, el manejo de lo público y el consiguiente papel del derecho en el tutelaje del proceso emancipatorio del hombre. En este sentido, el posicionamiento de Locke, por ejemplo, establece como principio un absoluto respeto por la propiedad privada de las personas y a la par un diseño de estrategias burocráticas en torno a preservar tal bien y valor que, como tal, constituye el eje del triunfo alcanzado por la racionalidad humana como contraposición al oscurantismo medieval. Así, propiedad y libertad personal marcan los ejes de articulación del proceso filosófico anglosajón. En cuanto a la construcción de un régimen democrático de gobierno, el sistema representativo, con poderes compartidos y ejecución de las políticas gubernamentales desde el Primer Ministro elegido por el Parlamento son los planteamientos mantenidos por el liberalismo inglés representado por el autor en mención. Al respecto, una descripción clara en torno a la posición ideológica y política de John Locke, la hallamos en «Dos ensayos sobre el gobierno civil», en *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*, México, Grijalbo, Colección 70, 1970. De otro lado, en la visión de Rousseau si bien existe un apego por el respeto a la propiedad privada de las personas, la libertad del individuo no se plasma como un valor autónomo e independiente del tejido social que lo rodea. Por tanto, el principio hallado en el liberalismo francés es el de una libertad en base al reconocimiento del «otro» (Derrida, 1998) y por el que se entregan parte de las facultades de los asociados en favor de quienes dirigirán las riendas del estado-nación formado. Al respecto, nos remitimos a *El contrato social*, Madrid, Alianza, 1983. Finalmente, la variable propuesta por Thomas Hobbes en torno a la construcción de un estado con libertades restringi-

El derecho penal económico se materializa, entonces, como una especialidad de aquél general en la que se tutelan bienes jurídicos especialísimos, intangibles en la mayoría de los casos, que por su connotación conllevan graves consecuencias para la sociedad en general cuando han sido lesionados. Así, la *resonancia*[2] que produce en los subsistemas económico, social, cultural, etc., la verificación de conductas delictuosas desde la empresa –básicamente– hacen necesaria la *aclimatación* del derecho a las nuevas conductas generadas con la industrialización y el desarrollo de las relaciones capitalistas de producción. Luego, la larga lista de paradigmas, principios y dogmas establecidos en el derecho penal general se hallan sujetos a prueba y no siempre saldrán bien librados de tal ejercicio.

De hecho, la propuesta que se presenta es precisamente un ejercicio en torno a desvirtuar, o al menos polemizar y teorizar, en torno a uno de tantos temas esenciales que han sido ignorados por mucho tiempo en la discusión y construcción del derecho a nivel universal.

Retomando el tema de los paradigmas[3] establecidos en torno al derecho penal *clásico*, omití *ex profeso* el referirme al *societas delinquere non potest*, precisamente porque ese será el eje de discusión del presente trabajo y hacia la configuración de una nueva orientación en este sentido es que emplearé la discursividad argumentativa (Habermas, 1992) hallada en la investigación realizada. En este sentido, el presente no pretende –ni en lo más mínimo– ser un referente en torno a la discusión en torno a la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas por el cometimiento de hechos delictivos, debate por demás abordado por connotados juristas, sino que tan solo se conformará con otorgar una visión en torno al tema desde una entrada sociológica innovadora, *holística* y que pretende dar una explicación diferente del subsistema jurídico y sus relaciones con el entorno social. Así, la *beta*

das en *El leviatán* marcan y cierran el circulo de los «contractualistas» que ligeramente ha sido esbozado.

2. Conceptos como el mencionado, el juego de los sistemas, las comunicaciones, el entorno, los códigos binarios y en general el léxico que forma parte de la teoría sistémica de Niklas Luhmann serán en buena medida el referente teórico que se utilizará en el presente trabajo. La densidad del aporte generado por el sociólogo alemán y la especificidad en cuanto a la estructuras lingüísticas (Saussure, 1980) sugeridas en los conceptos luhmanianos harán necesario que en el desarrollo de mi exposición me detenga en los aspectos más esenciales.
3. Cuando utilizo la categoría paradigma tomo la acepción dada por Kuhn, y que se la puede encasillar como la constelación de valores, criterios y percepciones de la realidad empírica que conjuntamente con un grupo de teorías son la base de fundamentación del científico para aplicar distintas metodologías de interpretación de la naturaleza y de otros aspectos similares del universo en el que habitamos. Una interpretación más detallada del carácter científico del «modelo» paradigmático kuhntiano lo hallamos en Diana Hunt, *Economic Theories of Development: an analysis of competing paradigms,* Maryland, Barnes & Nobles Books, 1989.

teórica a la que me adscribo en este trabajo es de naturaleza sistémica y parte de la «Gran Teoría» de Talcott Parsons, para centrarse definitivamente en el posicionamiento de la *sociedad sin hombres* de Luhmann.

Si la teoría clásica del derecho penal establece que el carácter sancionador de la ley penal abarca un universo en el que solo la persona natural es susceptible de ser reprimida puniblemente y que una orientación diversa atentaría gravemente a los principios de acción, culpabilidad y personalidad de las penas, tan arraigados en la *tradición* jurídica continental, las reflexiones que pretendo plasmar aquí tienen una clara orientación en contrario: si el derecho se encuentra enlazado exteriormente a los otros subsistemas sociales, la progresión y dinámica de aquellos empuja ineludiblemente a éste a tomar las precauciones del caso para variar su estructura interna y generar autorreproducción en pro de la subsistencia y reducción de conflictividad y contingencia de su propio subsistema.

En este contexto, ante la emergencia de un derecho penal económico sutil, con figuras delictivas especialísimas, con derechos tutelados de carácter difuso y con consecuencias sociales de extrema alarma social, la construcción de los viejos paradigmas en esta materia parecerían condenados a sufrir una transformación a la que este material pretende aportar aunque sea en forma mínima.

Principiaré entonces por entregar una visión global del *estado del arte* en la realidad teórica del derecho penal y también en el ámbito de las legislaciones positivas del Ecuador como de los países integrantes de la Comunidad Andina de Naciones, rindiendo tributo de esta manera a una de las orientaciones *pro-integración* generada desde la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, donde nació la idea de elaborar este trabajo. Sin embargo, mi intención no es, y me empeñare en aquello, el entregar un recuento legalista de leyes, códigos, reformas y aplicación jurisprudencial del tema en cuestión. Pretendo generar una visión desde la sociología del derecho que, si bien no descuide la percepción positiva, se enmarque en un discurso teórico de reflexión y de aporte a la prácticamente inexistente discusión jurídico-penal suscitada en el Ecuador, y que cuando se la visibiliza se limita a la confrontación de normas legales y a la elaboración de argumentaciones legalistas, apartadas absolutamente de la legitimidad (Habermas, 1988) y de la confrontación racional de ideas y atributos ideológicos.

Luego, y fruto de la cierta densidad teórica planteada desde la discusión sociológica de Niklas Luhmann y Jürgen Habermas, confrontaré la argumentación esgrimida con la investigación de campo planteada desde el Foro Profesional de juristas en la ciudad de Quito y las percepciones que en torno al tema se esbozan por parte de algunos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. De esta manera, la visión institucional (Olson,

1988) conjugada con la cotidianeidad –con los *mundos de vida* habermasianos (Habermas, 1990), las *prácticas y sentido común* (Bourdieu, 1988) o aún más atrás en el tiempo con las *prenociones* de Durkheim, 1968)– nos entregarán un panorama claro de los niveles en los que la discusión se enfoca en nuestro medio y las posibles salidas frente a tal hecho.

Finalmente, el análisis de los artículos 87 y 92 de la Carta Constitucional del Ecuador, como una posibilidad de incursionar en la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de esta manera introducir una reforma parcial, al menos, al principio del *societas delinquere non potest*, serán parte integrante de una crítica que desde ya no es del agrado del positivista[4] reaccionario, el intérprete gramatical irreconciliable o el propulsor de la «letra muerta de la ley» como eje de articulación del derecho con las redes sociales (Durkheim, 1988).

La propuesta teórica que en mínima forma se esbozará no es más que un pequeño aporte a un debate jurídico que a pesar de su avance no encuentra mas que polémica y nuevas aristas de discusión, frente a las que, la posición que me esforzaré en plantear no es mas que una de ellas, aunque con matices de universalidad, definición y al mismo tiempo orientada a ser un *describir y observar* de un nuevo mundo, dominado ya no por la influencia del capital sino por la tecnología y las comunicaciones, y principalmente por éstas, cuya incidencia las convierte en el nuevo epicentro del análisis societal.

4. El positivismo es una escuela filosófico-cultural orientada hacia la exaltación del valor de las ciencias empírico-experimentales y hacia la consideración de que la ciencia es el único instrumento que puede garantizar el progreso humano. Tanto las posiciones asumidas desde la metafísica como los juicios universales nacidos en la lógica tradicional, para el positivismo, no tienen validez alguna y se reducen a simples observaciones particulares.

CAPÍTULO PRIMERO

De la defensa del principio *societas delinquere non potest* a la reestructuración de los paradigmas de responsabilidad penal de las persona jurídicas

La búsqueda de una justificación sociológica al problema de la imputabilidad y sanción penal de las personas jurídicas, cuando del cometimiento de hechos incriminosos se trata, es una de las aristas del debate jurídico que ha sido menos explorada en la discusión académica y ella bien podría ofrecer pautas suficientes para encausar los criterios plasmados en la norma positiva hacia otra dirección. Para el efecto, y a fin de ubicar el desarrollo teórico alcanzado en torno al tema en discusión, principiaré por efectuar una ligerísima panorámica de los diversos posicionamientos doctrinarios asentados en la literatura jurídico-penal moderna y que, con sus variantes, se alinean en torno a dos concepciones específicas: o el respeto al principio del *societas delinquere non potest*, es decir a la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas; o, la visión del ente corporativo como provisto de independencia e individualidad respecto a sus integrantes, con lo que la posibilidad de imputarle la comisión de actos delictivos es plenamente viable.

Respetando simplemente el orden de descripción señalado en líneas anteriores y prescindiendo de excesivas rigurosidades en cuanto al encasillamiento específico de autores por diversas escuelas –muchas de ellas con variaciones tan sutiles que su distinción ocasiona más confusión que afinamiento del panorama– desarrollo enseguida los postulados básicos de cada posición teórica y doctrinaria en relación al vínculo existente entre persona jurídica, imputabilidad y *esencia* de la acción humana frente a la acción corporativa –entendida como toda organización conformada por el diseño de voluntades en torno a determinados fines y que cuenta con ciertos niveles de división del trabajo y jerarquías de decisión–.

1. EL *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*. NATURALEZA Y TENDENCIAS. EL RESPETO A LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y AFIANZAMIENTO DE LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DEL ESTADO EN MATERIA PENAL

El respeto al sentido y naturaleza de la ley penal. Imposibilidad de castigar a la persona jurídica

Cuando la doctrina jurídica aborda aspectos relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el primer argumento en contrario es tajante y ciertamente convincente a primera vista: el desempeño de las personas jurídicas dentro de la esfera de las negociaciones, las relaciones comerciales y en general en el sistema social, son absolutamente incompatibles con la noción clásica de *acción*, *culpabilidad* y *pena* (Bajo y Bacigalupo, 2001). Si dentro de la empresa se reproducen hechos delictivos, quien los exterioriza es siempre aquél ser humano dotado de conciencia y voluntad –tal cual cita el artículo treinta y dos del Código Penal Ecuatoriano cuando se refiere a los presupuestos de imputabilidad penal– que actúa para la empresa y con la aquiescencia de la misma; por tanto, la conducta penal y su responsabilidad frente a las consecuencias del ilícito, dentro de la difícil disección planteada, le corresponderá siempre a la persona natural (Jiménez de Asúa, 1956) que plasma en la realidad las estructuras subjetivas ideadoras del acto reprimido por la ley penal;[1] lo contrario constituye tan solo pensar en una *entelequia jurídica* (García Oliva, 1982).

En esencia, *culpabilidad* entendida como reproche penal sobre la acción u omisión antijurídica del agente activo (Zambrano, 1998), y *pena* asimilada tanto sobre las pretensiones de retribución frente al acto violatorio de bienes jurídicos penalmente protegidos como a partir de la búsqueda de prevención general y especial,[2] son los ejes de argumentación de los defensores de

1. Es necesario señalar que en la obra de Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo, *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001, se desarrolla una teorización conjunta de los autores en torno a la parte objetiva como subjetiva del derecho penal especializado en la esfera económica, aunque con la salvedad que los criterios de aquellos son contrapuestos en la temática que analizamos. En este sentido, la oposición a imputar penalmente a las personas jurídicas citada en la obra se refiere a la posición particular del primero de los autores señalados, y que difiere en gran medida al aporte en este plano generado por Silvina Bacigalupo.
2. Entre los objetivos que persigue la imposición de la pena en materia penal se encuentran los de *prevención general*, deducidos a partir de la acción teleológica del aparato estatal en cuanto se refiere a brindar seguridad jurídica y social a sus conciudadanos; y los de *prevención específica o especial*, que hacen relación al proceso de reelaboración de los códigos norma-

la inimputabilidad en materia penal de la persona jurídica, entre los que, con variaciones, se apunta a los positivistas, la escuela idealista de Maggiore, la corriente humanista, entre otras.

Aceptar que la persona jurídica sea incriminada penalmente seria –desde otro enfoque, pero en la misma orientación teórica– posibilitar la represión punible de quienes sin ninguna actividad en la comisión del hecho –refiriéndome a los socios o en general a las personas que conforman el aparato institucional llamado persona jurídica– sufrirían una pena surgida de un acto o actos delictivos en los que no hubieren participado,[3] y aún en determinadas circunstancias, ni siquiera mantengan niveles mínimos de información en torno al desenvolvimiento del *iter criminis*. En todo caso, la individualidad de la pena y la relación causalística indefectible existente entre la construcción subjetiva del agente y la exteriorización de la conducta como ejercicio pleno de facultades volitivas, son las premisas defendidas en este campo por las corrientes que se alinean en torno a la defensa irrestricta del *societas delinquere non potest.*

En efecto, el acto de voluntad, como primer eslabón del viaje hacia la acción concreta, parte de una valoración de carácter sicológico, por lo que su competencia le corresponde tan solo al ser humano (Freud, 1988). Así, la construcción normativa que pretenda considerar –al momento de calificar la prestancia e intencionalidad del agente incriminoso– a la persona jurídica como *centro de imputación*, cuando de analizar el proceso subjetivo de la misma se refiere,[4] resultaría inconsistente. De allí que la *teoría de la ficción*[5] de

tivos y de conducta del agente imputado en torno a una escala de valores plenamente aceptados dentro de la sociedad y tenidos como legítimos. Un estudio detallado respecto al *ontos* de la pena y sus distintas connotaciones y elementos funcionales lo hallamos en Jorge Zavala Baquerizo, *La pena*, Guayaquil, Edino, 1980. Además tenemos la obra de Günther Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edersa, 1982.

3. *Contrariu sensu*, quienes se inclinan por la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas señalan que aún en los delitos en los que la persona natural es la sujeta a represión penal de parte del estado, la posibilidad de que existan terceros no implicados en la relación jurídico-penal que se vean afectados colateralmente por los efectos de la pena (v. gr. hijos, cónyuge, dependientes, etc.) en su situación afectiva, social o económica está presente. De allí que la argumentación esgrimida en este sentido parecería no tener mayor asidero ni fundamento suficiente.
4. Una elaboración concisa al respecto la hallamos en Jesús Orlando Gómez López, *Aproximación a un concepto democrático de libertad*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000.
5. La teoría de la ficción tiene en Savigny y la *escuela de la personificación* a uno de sus principales impulsores. En síntesis, la calificación de la persona jurídica como ficta, imaginaria o irreal, refiere un proceso de adaptación del derecho a la realidad cambiante de la sociedad. Sin embargo, de dicha descripción, la teoría mencionada no desconoce que el elemento fundamental de la persona ficta es el patrimonio y que por tal motivo tiene sustrato real. Lo que se niega es la posibilidad de facultades volitivas autónomas, propias de los seres humanos, a los bienes *per se*.

la persona jurídica, en este sentido, encuentre asidero y en buena medida sea el antecedente más remoto de los postulados en mención: si hallamos una construcción ideal de la ley en torno a la conformación de la persona jurídica, luego, de lo metafísico no puede surgir acto volitivo alguno que desencadene efectos aprehensibles por el derecho penal.

En la misma vía de reflexión citada, aunque con determinados matices, se ubican las *teorías negativas de la personalidad*,[6] las que dejando de lado la posición ficta de la persona jurídica establecen una ausencia de sujetos de derecho en ésta, por lo que el establecimiento de una segunda categoría de análisis –independientemente de la persona natural– resulta contradictoria e impertinente. Para justificar su posición, teóricos como Windscheid, Koppen y básicamente Brinz, señalan que la conformación de un patrimonio alrededor de la noción de persona jurídica no da lugar a la construcción efectiva de un nuevo sujeto imputable de derechos y obligaciones, como se ha pretendido por parte de algunos tratadistas, sino que tan solo permite considerar que ese patrimonio que da nacimiento a la empresa (corporación, fundación, etc.) se lo oriente e instituya hacia un *fin determinado*, que no puede ser otro que la propia subsistencia del mismo y su mantenimiento.

Sin embargo, ante tal perspectiva *teleológica*, surge la inquietud en torno a la real posibilidad de establecer derechos sin la correlación directa de sujetos, tal cual la escuela citada lo plantea. En todo caso, el inicio hacia un proceso de ruptura frente a la inmovilidad de la teoría de la personalidad ficticia parece hallarse evidenciada en este contexto. En este orden de ideas, si bien el derecho no protege *per se* una voluntad colectiva, sí efectúa un acto de tuición y garantía respecto al *fin general* que se plantea la voluntad individual, aglutinada en torno a una determinada *función social* realizable por medio de la persona jurídica;[7] por tanto, la ausencia de un sujeto de derechos en la empresa (Dugûit, 1960) impediría su criminalización efectiva. Aún más, en el caso de considerarse que la imputación penal pudiera ser atribuida a quien es el

6. La teoría de la personalidad negativa tiene varias entradas metodológicas que difieren a partir de la concepción que manejan los autores. En principio la argumentación de Brinz, Eisle y Bolze son las que más se adaptan a la ligera síntesis citada. Una descripción *in extensu* de las diversas teorías planteadas respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas la hallamos en Bertha Acevedo Pinzón, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, Bogotá, La Meta, 1967.

7. Esta noción de la persona jurídica como carente de personalidad y por tanto imposibilitada de ser sujeto de derechos por sí misma clausura la posibilidad de su imputabilidad penal. Sin embargo, el positivismo sociológico que la propugna parece dejar de considerar en su fundamentación elementos básicos de la teoría jurídica, entre otros, la inclusión del derecho subjetivo como eje de las relaciones articuladas por el derecho. En esencia, las objeciones planteadas a esta variable de la teoría de la personalidad negativa son las mismas que se pueden colegir a toda la argumentación señalada por esta corriente.

destinatario final del goce de beneficios (Ihering, 1950), la prescindencia de derechos por parte de la persona jurídica como tal –que no existe sino solo como ejercicio de una *propiedad colectiva* sin autonomía– torna imposible en la concepción de esta corriente –por simple deducción aplicativa de silogismos aristotélicos– que la misma sea sujeta de obligaciones y por ende de responsabilidades en la esfera de lo penal.[8]

Norma penal, seguridad de los asociados y racionalidad de la ley. El absurdo de la privación de la libertad a la persona jurídica y la sanción penal afianzadora de la tranquilidad social

Señalé con anterioridad que los principales opositores a la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas señalan que son los principios de *acción*, *culpabilidad* e *individualidad de las penas* los que impiden ejercer la facultad coercitiva-sancionadora de la ley penal sobre las empresas, corporaciones, fundaciones y en general sobre las personas jurídicas. Con ello, en este acápite trataré de abordar el tema relativo a la *pena* y su orientación dentro del contexto del derecho penal moderno, para lo cual no me limitaré a describirla desde una perspectiva normativista, causal, sino que pretenderé realizar una consideración de tipo sociológico en la que se pueda visualizar –quizás de manera más clara– cuál es la función dentro del tejido social a la que se orienta esta institución jurídica de *vieja data*.

Varios de los tratadistas que se oponen a la imposición de penas a la persona jurídica suelen partir de un razonamiento que, en doble dirección, apunta a desmoronar su propia argumentación en torno a la individualidad de la sanción penal. Ellos señalan que la persona jurídica no es capaz por sí misma de ejecutar acciones, pues dicha construcción interna de *estructuras estructurantes* (Bourdieu, 1992), de carácter cognitivo, solo pueden ligarse a la

8. La visión citada, enmarcada dentro de la teoría de la personalidad negativa, adquiere los matices de la corriente filosófica del individualismo asumida por Von Ihering, la que postula la unidireccionalidad en la visión de los sistemas sociales alrededor del hombre, como categoría elevada de análisis. En este contexto, la argumentación en torno a la imposibilidad de ejercer el *derecho de goce* por parte de la empresa es cuestionable, más aún si se podría argumentar que dicha facultad negada a la persona jurídica es el resultado de su disfrute individualizado por parte de quienes la integran. Al respecto, la procedencia de los criterios asumidos por Ihering y la escuela sociológica del derecho tienen su patrón de análisis en la teoría social de Max Weber y su elaboración respecto al individualismo metodológico, base de la posterior escuela del *rational choice*, en la que la consecución de determinados fines por parte del individuo marcan la toma de decisiones y la resolución de la conflictividad social, a la que el derecho no escapa. Una reseña analítica de la escuela sociológica y de la concepción purista del derecho puede ser requerida en Hans Kelsen, *Teoría general del estado*, México, Editora Nacional, 1950.

praxis –realidad fáctica– a través de conductas orientadas por códigos de actuación que traspolan la ideación subjetiva hacia *estructuras estructuradas* en las que se aquellas se materializan.[9] Así, solo los Sujetos (Touraine, 1986) estarían en la capacidad de efectuar el ejercicio volitivo descrito y por tanto su real poder de exteriorización de la racionalidad humana encontraría allí buena parte de su fundamentación.

Sin embargo, la posición expuesta (Bajo Fernández, 1998) pronto ingresa a los tumultuosos caminos que el tema presenta: luego de argumentar en contra de la capacidad elaborativa de acciones de las personas jurídicas, los defensores de la individualidad en cuanto a la atribución de culpabilidad e imposición de penas manifiestan que si bien esa potestad de *acción* se halla clausurada para los *entes colectivos*, dicha limitación no se verifica en otras esferas del derecho. Aclarando dicha concepción, la empresa, la fundación o corporación, si bien no pueden ser sujetos de hechos incriminados por la ley penal, sí son susceptibles de realizar actos de comercio, de servicio, de articulación en el sistema productivo y de actuación como agentes económicos en general. En definitiva, el anular la imputación jurídico-penal a la actividad de las personas jurídicas surgiría –metafóricamente considerada– como una suerte de *capitis diminutio* propia de la organización societal romana y trasladada eufemísticamente al campo de la reflexión que ocupa estas líneas.

Más aún, la contraposición de criterios citada se ve de forma más explícita cuando al tratar de las penas se menciona que, si bien la mayoría de las legislaciones positivas de los países occidentales establecen sanciones punibles dirigidas contra la persona jurídica, las mismas son de *naturaleza accesoria* (Bajo y Bacigalupo, 2001) y por tanto no criminales sino solo conside-

9. En esta parte he recurrido a la formulación sociológica de Pierre Bourdieu, a través de la que se enlazan las estructuras cognitivas con el saber práctico de la realidad. En este sentido, la formulación del sociólogo francés parte de un conjunto de ideaciones que se elaboran en la subjetividad del individuo y a las que abonan criterios de *sentido común* que son los que las dan por naturalizadas e inconscientemente aceptadas. Luego, dichas elaboraciones son trasladadas a los diferentes segmentos de la sociedad en los que se plasman a través de relaciones de dominación, en el campo político, cultural, educacional, del derecho, etc. En tal perspectiva, quizás la argumentación otorgada por los opositores a la imputación criminal de las personas jurídicas podría tener asidero; sin que por ello la reflexión quede aún en latencia. La riqueza de la teoría de Bourdieu y sus múltiples aristas de análisis, a partir de las nociones de *habitus* y *campus*, se la puede considerar en la recurrencia a una de sus obras más reconocidas, *El sentido práctico*, Madrid, Taurus, 1991. Además, una aproximación a la terminología y comprensión teórica del autor en mención puede ser consultada en Alison Spedding, «Una introducción a la obra de Pierre Bourdieu», en *Cuadernos de investigación*, No. 4, La Paz, Universidad Mayor de San Andrés, Facultad de Ciencias Sociales, Carrera de Sociología, Instituto de Investigaciones Sociológicas, 1999.

radas como *medidas administrativas de aseguramiento* (Trujillo, 1990) del orden jurídico y social.[10]

Surgen entonces las objeciones al razonamiento que desde diferentes enfoques ha sido expuesto, siendo una de ellas, quizás la más fuerte, la que menciona la dificultad de hallar sindéresis entre una pena de carácter punitiva considerada como principal –y atribuible al ser humano–, frente a una derivación de aquélla, vista como accesoria, a la que solo se le concedan connotaciones administrativas y fundadas en la peligrosidad (Bajo Fernández, 1997). Luego, la inferencia respecto a la aplicabilidad de principios universales del derecho es lógica: si defendemos el *societas delinquere non potest*, qué se podría decir frente a otro de la misma estirpe y que considera que *la naturaleza y efectos de lo accesorio corre similar suerte de lo principal*.

En el análisis, el hilo conductor que permite llegar a la imputación jurídico-penal parte de enlazar la acción del agente pasivo con el juicio de atribuibilidad (Zavala, 1980; Guerrero, 1998) y de allí a la pena como la respuesta frente a la reproducción de la conducta legalmente sancionada; pero si en ese camino se declara la imposibilidad de actuar positivamente por parte de la persona jurídica, y por ende la mutación citada impide formular el proceso de imputación, la posibilidad de engarzar sanciones, aún del orden administrativo, quedaría carente de sustento y se orientaría mas bien hacia la *dimensión de la ficción* (Brícola, 1965; Acevedo, 1967), tal cual lo señalan los primeros postulados de quienes se oponen a aceptar la dinámica propia y autorreferida de las personas jurídicas.

Para salir al paso de tan imbricada situación, Schûnemann (1990) formula una nueva posición, en la que la imposibilidad de acción y culpabilidad de las personas jurídicas no es óbice para que la respuesta estatal frente al cometimiento del ilícito se materialice en aquéllas a través de la pena. La justificación de este razonamiento estriba en connotaciones de orden sociológico individualista y de seguridad pública: el fin de la pena, como prevención especial, o la necesidad racional de tomar medidas de seguridad, dentro de las políticas de prevención general, trascienden escatológica y valorativamente a la ausencia de voluntad de la persona jurídica. Luego, la posibilidad de sanción penal a la persona jurídica estaría posibilitada.

10. Sin embargo de la discusión planteada en torno a la divergencia entre sanciones penales propiamente dichas y sus accesorias de carácter administrativo-penal, existen autores como Hendler que se pronuncian por la intrascendencia de tales reflexiones y proponen englobarlas en conjunto sobre la expresión de meras sanciones penales. Al respecto Edmundo Hendler, *La responsabilidad penal de los directivos de instituciones financieras*, Buenos Aires, Depalma, 1982.

De la argumentación teórica de Schûnemann surge un nuevo principio de legitimidad frente a la posibilidad de imponer sanciones penales a la persona jurídica y este parte de la consideración relativa a la fuerte injerencia de los sistemas económicos sobre la dinámica del derecho y del conjunto de la sociedad en general. Así, dada la ductilidad y dinamismo de las negociaciones comerciales y mercantiles, propias de procesos de unificación como los generados a raíz del programa globalizatorio de Reagan, Thatcher y el «Consenso de Washington» (Williamson, 1985), la empresa se ha convertido en uno de los puntales para el desenvolvimiento y catarsis entre las fuerzas del mercado y los agentes económicos que sobre ellas navegan, deviniendo en un agente íntimamente vinculado con bienes jurídicos propios de tiempos de *capitalismo tardío*[11] a los que hay que proteger penalmente por su trascendencia en la sociedad.

En este sentido, la generación de políticas criminales de *prevención especial* (Rodríguez Devesa, 1990; Muñoz Conde, 1998; Jesckeck, 1999) se tornan cada vez más ineficientes dadas las propias connotaciones de la empresa y su *ubicuidad* en el espacio de los negocios internacionales; por tanto, más que hacia la voluntad en la construcción de la acción como presupuesto básico de la imputación, la salida propuesta apunta a considerar al *fin* –lo teleológico– como el eje de articulación tuitiva del estado (Stratenwerth, 2000).

En este contexto, *el estado de necesidad del bien jurídico protegido* es el nuevo principio de legitimación invocable a efectos de la imposición de las penas a la persona jurídica. Sin embargo, el carácter teleológico-funcional (Durkheim, 1958) de este principio opera a partir de la negación implícita de las capacidades volitivas y cognitivas de la persona jurídica, las que, de otro lado, se hallan desarrolladas como atributos *per se* de aquélla en la posición *organicista* (Acevedo, 1967), la cual encuentra el nexo entre la acción y el proceso de atribución de responsabilidad penal en la expresión volitiva de la persona jurídica, a través de sus órganos[12] de difusión (v. gr. la junta de accio-

11. Señalar al proceso de producción capitalista de las últimas décadas del siglo XX como *capitalismo tardío*, pretendiendo significar de esa manera los vacíos surgidos entre el modelo fordista de producción y las consecuentes reformulaciones del liberalismo clásico planteadas ante el colapso de las políticas económicas de Occidente, es una categoría de análisis plasmada por Jürgen Habermas alrededor de su vasta obra originada en la Escuela de Frankfurt. Una descripción del proceso antes señalado la podemos hallar en Jürgen Habermas, *Crisis de legitimidad en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrou, 1980.
12. Esta es la esencia de la concepción organicista como variante de la teoría de la realidad, a través de la que se confiere identidad de pretensiones y obligaciones a la persona natural y a la de carácter jurídico. El mayor desarrollo de esta escuela parece ser observado en las ciencias internacionales, en cuyo debate se ha evidenciado como el eje de articulación en torno a la concepción jurídica atribuida a los estados-nación en el entramado del sistema internacional.
13. Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo, *op. cit.*, p. 127.

nistas, el directorio, etc.). Dichos medios de expresión, entonces, no actúan «*en representación de…*» los individuos integrantes de la empresa, sino que ejecutan y perfeccionan sus conductas como consecuencia de un proceso de descripción y autorreferencia propio de los espacios de decisión que materializan y dan vida a la empresa en particular (Mestre, 1990; Jellinek, 1992), y a la persona jurídica en términos más amplios.

Para finalizar esta sección, acoto que consideré intrascendente referirme a la imposibilidad de la atribución de penas de carácter privativo de la libertad a la persona jurídica pues, como argumento de oposición a la declaración de responsabilidad punible de aquélla, me parece un argumento por demás trivial; sin embargo, como podría parecer que esta es una forma de evadir problematizar en torno al tema –muy a pesar de que no es esa la orientación última del presente trabajo– apuntaré tan solo que la privación de la libertad es solamente una de las tantas formas en las que se expresa la capacidad incriminatoria y coercitiva del aparato estatal en la vida jurídica de los pueblos. En este sentido, la aclimatación de las sociedades a formas menos bárbaras de afianzamiento de la seguridad pública parecen empezar a considerarse y, por tanto, el cuestionamiento en orden a la real eficacia de la limitación a la libertad de los individuos como medida de prevención penal cada vez halla más adeptos. De todas maneras, en el capítulo final se hace una breve alusión al «*absurdo*» de la privación de la libertad de las personas jurídicas.

Si bien es cierto no es posible reducir a prisión a la persona jurídica –hecho *absurdo* conforme lo he indicado en el título del presente parágrafo–, la prevención anhelada por las políticas criminales modernas parecen orientarse mas bien hacia el cumplimiento y orden social a través de sanciones menos lesivas y absolutamente más vivificadoras del espíritu que las anima. Así, la imposición de penas tales como: clausura de establecimientos, sanciones pecuniarias acorde a la dimensión del daño causado, publicación de sentencias, retiro de licencias y permisos, etc. son más efectivas cuando de responder al ilícito penal cometido desde la persona jurídica se refiere.

De hecho, si la persona jurídica funciona sobre la base de un permanente contacto e interacción con el mercado y la elasticidad o inelasticidad provocada por las leyes de la oferta y la demanda, la mejor opción como política criminal en tales casos es abordar el problema precisamente desde esa esfera: la de la sanción orientada frente a la competitividad empresarial y en función a las manifestaciones de los consumidores, quienes en última instancia, con su poder de decisión sobre la oferta, tienen la capacidad de sancionar el irrespeto a la norma penal por parte de la persona jurídica.

2. LA RESPONSABILIDAD PUNIBLE DE LA PERSONA JURÍDICA: LA *TEORÍA DE LA REALIDAD* Y OTRAS CORRIENTES DOCTRINARIAS. CONTRAPOSICIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PERSONALIDAD DE LAS PENAS Y DE RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Atribuibilidad del hecho incriminoso a un órgano constitutivo de la persona jurídica. La *teoría de la realidad* y otros posicionamientos

Si bien el principio del *estado de necesidad de prevención del bien jurídico* proclamado por Schûnemann y Stratenwerth da lugar a la formulación de una tesis en torno a la imputabilidad penal de la persona jurídica, en esa *beta teórica* tanto la necesidad de establecer un *hecho de conexión* entre la acción de la persona natural y la perpetrada a través de la persona jurídica como la de construir una *relación funcional* entre el acto concreto y las actividades a las que se orienta la empresa, marcan un proceso de *responsabilidad penal*

14. Entre los teóricos de la escuela del institucionalismo se puede destacar como su precursor a Mancur Olson, cuyos aportes desde la ciencia política y el estudio del comportamiento humano dentro de grupos ha sido de gran repercusión en el desarrollo de las ciencias sociales del siglo XX. Uno de los referentes del pensamiento del autor en mención lo constituye la obra *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y la teoría de grupos*, México, Grupo Noriega Editores, 1992.
15. El manejo de objetivos o fines en las instituciones van cambiando o se redefinen en base a estándares de medición. En si, las instituciones precautelan su fin último que es la subsistencia, y para ello «venden» problemas a fin de garantizar su permanencia, no solo a nivel de organizaciones públicas sino también en el campo del sector privado. El ejercicio de generación y regeneración de fines y objetivos y la pugna por alcanzar el monopolio en el manejo de determinados problemas es lo que en doctrina se ha llamado el *«empresariado moral»*, que es el que permite que la necesidad de subsistencia se vea permanentemente requerida de la existencia de un polo de oposición frente al cual identificarse. Al respecto, la escuela funcionalista de Emile Durkheim es la que establece las bases de la orientación institucional citada y que posteriormente ha sido traspolada hacia la ciencia política y las relaciones internacionales a través del diseño de uno de los más importantes modelos de toma de decisiones que se ha desarrollado en ese campo. Sobre lo expuesto se puede recurrir a Graham Allison, *La esencia de la decisión*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.
16. A pesar de la vigencia de la *teoría del reflejo*, que imputa penalmente, indistintamente, a personas naturales y jurídicas, existe otra posición en la que la culpabilidad se concentra alrededor de la empresa en virtud de *defectos de organización* que son los que permiten que la responsabilidad ajena a la persona jurídica sea trasladada a ésta, en una suerte de *responsabilidad acumulativa*. A dicha posición se alinea también, con ligeros matices, Heiner, «El principal ejecutor de tal criterio retrata su argumento», en Klauss Tiedemann, *Lecciones de derecho penal económico*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1993.
17. La teoría del reflejo o de la doble imputación se halla vigente en el Código Penal francés (1-III-1995), el que en su artículo 121-2 sanciona a la *persona moral* sin excluir la responsabi-

indirecta de la persona jurídica,[13] pues, a pesar de los avances generados, estos autores no dejan de manifestar la dificultad en torno a construir un *juicio de atribuibilidad* que no se halle orientado a la persona natural.

Por tanto, la aproximación efectuada por parte de la *teoría de la realidad*, si bien ha sido considerada como simplista, su enfoque nos presente una complexión amplia del universo jurídico y de las relaciones en la esfera de lo penal en él establecidas. Así, la construcción argumentativa de esta posición establece que la persona jurídica es una elaboración de la norma legal que, una vez que adquiere fisonomía propia e independencia para generar actos en el mundo de los negocios jurídicos (Monroy, 1990), goza de individualidad y se desliga de las personas que la componen (Hirsch, 1999). Por tanto, la *acción colectiva* (Gierke, 1990) generada desde la persona jurídica conforma un *todo institucional* en el que su elaboración responde a una *visión organicista* (Barbero Santos, 1980).

En dicha concepción, la llamada *persona real colectiva* goza de independencia en relación a la actividad interventora del estado a partir del momento en que éste, a través de la autoridad pública competente y del órgano idóneo, efectúa la declaración que le otorga nacimiento a la vida jurídica. Por tanto, el discrimen que se plantea entre la acción tutelar del estado y la libertad de gestión empresarial, denotan en buena medida la atribución de libertades operativas que, emanando desde el aparato burocrático, buscan el mejor desempeño de la economía bajo las lógicas del mercado y sus dinámicas propias.

Así, la persona jurídica responde a una conjunción de instituciones[14] y sujetos alrededor de ella agrupados que se encuentran en perfecta interacción y que –por la elaboración de códigos de conducta y comportamiento social–

lidad punible de la persona natural. En esencia, la responsabilidad debe ser «delegada» en el plano objetivo y de actuación a partir de los propios intereses de la *persona moral* –siguiendo la terminología francesa– en la esfera subjetiva. En todo caso, la responsabilidad de la empresa en este caso se sigue ineludiblemente de la configuración del acto volitivo expresado en el ser humano. Una referencia a la imputabilidad penal de la persona jurídica en Francia, como referente en el tema, además de un análisis descriptivo en relación a legislación comparada lo hallamos en Fanny Verónica Mora Navarro, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos», tesina de licenciatura previa a la obtención del título de abogado de los tribunales de justicia, Quito, Pontifica Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, 2002. Agradezco a la persona citada por la colaboración prestada para la recopilación de parte del material aquí expuesto.

18. Para la teoría de Ferrara la persona es un concepto que revela al sujeto titular de derechos y deberes jurídicos, independiente de su capacidad para controlar tanto la voluntad como el ejercicio de sus atribuciones. Sin embargo, cuando se refiere a la persona jurídica no la cataloga como tal sino que establece que aquella no es más que una forma jurídica. (?)
19. Miguel Bajo Fernández, *Derecho penal económico aplicado a la empresa*, Madrid, Civitas S.A., 1978.

se mantienen cohesionados entre si en base a los fines que les son inherentes[15] y que dan lugar a una autonomía independiente de la de sus miembros. Luego, la capacidad de *querer y actuar* de las personas jurídicas se halla garantizada y susceptible entonces de ser reprimida penalmente, aún cuando surjan dudas respecto a la *unidad de la pena*,[16] en el sentido de considerar si su aplicación debe restringirse a la persona jurídica como tal (Muñoz Conde, 1998) o por el contrario puede bifurcarse imputando criminalmente tanto a la empresa como a sus miembros.

A pesar de que la posibilidad de incriminar a la par tanto a la persona natural como a la empresa surgiría como una violación al principio del *non bis in idem*, la tradición francesa del derecho penal –en la que el tratadista Mestre es su representante más visible– y el *modelo de la doble imputación*[17] defiende que la *pena corporativa*, atribuible a la persona jurídica, no impide la imposición de sanciones en la esfera de lo penal a la persona física, pues solo de esa forma se plasma la autenticidad de la *voluntad corporativa* propugnada por dicha escuela. En el capítulo final haré una breve referencia a dicha innovadora forma de concebir la doble imputación en el derecho penal.

En una perspectiva asumida desde los intereses de los sujetos, la *teoría de la realidad* señala que el derecho subjetivo debe ser redefinido precau-

20. En *teoría de juegos* los movimientos de cada jugador situado en un escenario determinado se marcan alrededor de dos tipos de reacciones frente a la conducta del opositor: si los movimientos de A no influyen ni alteran las jugadas de B entonces estamos frente a una situación *paramétrica*, mientras que si la acción de A determina –en mayor o menor medida– la próxima jugada de B, el juego se enmarca en el plano *estratégico*. En el presente caso, el diseño de políticas criminales sitúan básicamente a dos jugadores, de un lado, el estado y su aparato institucional destinado a preservar y cumplir objetivos –como la seguridad pública–; y, de otro, la ciudadanía como tal, que actúa de acuerdo a las condiciones de operatividad que emanan desde la esfera de poder gubernamental. Luego, de las estrategias utilizadas por *el alter* podremos deducir los juegos practicados por *el ego*.
21. Prefiero referirme a la especie humana como Sujeto no solo por las connotaciones emancipatorias que el término presenta, sino además, y fundamentalmente, para evitar caer en discriminaciones de género de las que he pretendido apartarme deliberadamente. Recurrir al término «hombre» como un genérico no es más que una de las tantas formas de agresión hacia las mujeres que –en este caso desde el manejo de la lengua y las estructuras lingüísticas (Saussure, 1986)– a diario se reproducen y se las asume como «*naturales*».
22. Menciono la constante polemización alrededor de la posición del Sujeto (Touraine, 1986) dentro del análisis social porque a partir de la década de los ochenta, con el surgimiento de la sociología de los denominados posestructuralistas, la asunción del ser humano como la categoría elemental del estudio de las ciencias sociales ha empezado a quedar de lado. En el siguiente acápite de este trabajo presentaré una de aquellas visiones, la de Niklas Luhmann, a quien sin que se lo deba encasillar como un posmoderno, pregona la teoría de la *sociedad sin hombres*. Sobre la corriente sociológica a la que me he referido en líneas precedentes existen varios trabajos de autores representativos de la misma. Por citar uno de ellos, Francois Lyotard, *La postmodernidad (explicada a los niños)*, Madrid, Gedisa, 1987.

telando básicamente bienes e intereses (Michoud, 1989), por lo que la orientación sancionadora del derecho penal más que a los actos dispositivos de voluntad y ejecución del hecho incriminoso en sí mismos, ejercita su actividad sobre el nexo causal existente entre la *acción* y los *fines* que aquella persigue (Welzel, 1990). De allí a la redefinición de la concepción del derecho subjetivo hay solo un paso: si las instituciones mantienen objetivos e intereses permanentes –o al menos estables–, independientes de los de sus miembros, la persecución de un *fin social* se configuraría en el *derecho subjetivo* que la normatividad tutela y protege y alrededor del que se consolida una *voluntad colectiva* que es la que permite generar responsabilidades penales a la persona jurídica.[18]

La imposición de sanciones penales a la persona jurídica como medio de afianzamiento de la política criminal del estado

Miguel Bajo Fernández en su obra *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, al señalar que el principio *societas delinquere non potest* no debe ser entendido como un valor ontológico, sino por el contrario, como una carga valórica de política criminal[19] parece partir hacia una justificación de la *retribución* y la *prevención* de la pena como los ejes del diseño estratégico[20] estatal frente a la reproducción de conductas descritas como punibles en el estatuto penal. En este sentido, los principios de *personalidad y culpabilidad* se sitúan a manera de marco referencial para el satisfactorio cumplimiento de los fines de seguridad social, paz y equilibrio ciudadano. Sin embargo, me parece que esta es una perspectiva que luce demasiado *juridicista*, despojada del entorno de los sistemas sociales que giran –e indudablemente influyen directamente– sobre el derecho y su técnica de aplicación y que, por tanto, aparece como inacabada en cuanto a su efectividad y eficiencia en relación a tejidos sociales cada día más complejos y que de a poco alejan al Sujeto[21] de la estelaridad de la dinámica social.[22] Prefiero entonces mantener mi posición explicativa desde una visión holística, sistémica, en la que los

23. Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo, *Derecho penal económico*, *op. cit.*, p. 129.
24. La reducción de complejidad y contingencia dentro del sistema social es una de las funciones específicas de los subsistemas creados por Luhmann, entre ellos el del derecho y la economía. Para el efecto, la aproximación citada señala que existen ocasiones en que una misma comunicación puede ser aprehendidas por más de un subsistema a fin de generar orden. Esta posibilidad podría verificarse en el presente caso, si consideramos que la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica –léase empresa– alteraría el curso de los subsistemas jurídico y económico hacia un mejor desenvolvimiento del sistema social en general. Sobre el tema, Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad* (texto traducido del alemán al español y aún sin autorización para su edición).

postulados de Niklas Luhmann encajan perfectamente, tal cual lo demostraré en el presente capítulo.

En otra esfera, si postulé ya las posiciones acerca de la factibilidad de otorgar capacidad de accionar a la persona jurídica y por ende la apertura que, como consecuencia de aquellas, se da a la imputación de penas a los entes colectivos, resta por señalar que en lo que tiene que ver con el *principio de culpabilidad* la variación en cuanto al enfoque –por demás juridicista como indiqué– radica en que se considera al *juicio de atribuibilidad* bajo categorías de análisis de carácter sociológico, en las que aquél proceso incriminatorio se condensaría en una suerte de *culpabilidad por defecto de organización*,[23] dada por la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica por actos que, si bien nacen del ser humano, son traspolados a aquélla por habérselos reproducido sin considerar las suficientes medidas de cuidado, necesarias para el mantenimiento del *orden* (Tiedemann, 1993; Schroth, 1992).

Si bien el reproche ético generado desde el proceso jurídico de atribución de un acto incriminoso al agente varía con relación a la persona jurídica –en la argumentación de Tiedemann–, es necesario considerar además que la persecución estatal en sí y la imposición de la pena en específico –como vía para alcanzar respuesta y prevención– no se la efectúa contra el hecho individual, sino mas bien atacando la falta de cuidado suscitada en un momento anterior, el que hubiere degenerado en la comisión del ilícito penal (Muñoz Conde, 1999). Por tanto, el ejercicio de imputación jurídico-penal en este caso nace de una fundamentación dogmática del principio del *actio libera in causa* que concluye en una variante de reproche de carácter omisivo, por un lado, y que altera en cierta medida la estructura tradicional del *iter criminis*, por otro.

Si la actividad empresarial de fines del siglo XX es básicamente el foco de discusión en torno a la imputabilidad penal de la persona jurídica, y la consideración de que su maleabilidad dentro de las estructuras económicas y las relaciones de mercado le permiten obstruir con facilidad el proceso persecutorio estatal en torno a la sanción y prevención del delito, convendremos en

25. La alarma social es considerada en la legislación penal ecuatoriana –al igual que en otras de Latinoamérica– como una agravante al momento de regular las sanciones por el cometimiento del delito. Dicha concepción responde a una visión organicista del estado en la que un cuadro sintomático extraño al conjunto altera, en mayor o menor medida, la funcionalidad otorgada al mismo.
26. Cuando las variaciones en el proceso de autorreferencia de los subsistemas sociales son bruscas y difíciles de articular con el entorno se producen fenómenos de *resonancia* en el resto del sistema; es decir, un proceso de alteración funcional de cada uno de los subsistemas que debe ser superado por su propia actividad. En el caso de los delitos económicos, la conmoción (resonancia) que estos causan en todo el tejido social es tal que, para evidenciarlo, basta con tomar el caso paradigmático de las quiebras sucesivas del sistema financiero y bancario ecuatoriano, sucedidas a fines de la década de los noventa.

que es necesaria una *elevación del riesgo específico del ámbito empresarial* (Heine, 1991), por lo que la orientación de la política criminal debe ser considerada bajo una *perspectiva estatal de garantía y control sobre la empresa*, dada la alta *contingencia*[24] de los negocios jurídicos que ésta desarrolla y la incertidumbre que dicha dinámica genera en el conjunto social.

En fin, si a los altos niveles de riesgo en los que se desenvuelve la actividad empresarial agregamos la construcción de un *imaginario social* en el que las personas sienten que la efectividad de la política criminal del estado se halla en límites extremos respecto al afianzamiento social que persigue, la direccionalidad de la misma y del derecho penal en si varían de un *reproche ético* de los sujetos incriminosos hacia un *reproche social*, en el que el *deber de vigilancia* (Tiedemann, 1992) del estado –a propósito de tiempos neoliberales– afronte, observe y reprima el potencial de riesgo existente alrededor del manejo empresarial y del mundo económico moderno.

Colateralmente a lo expresado, pero dentro del propio sentido del diseño de políticas públicas, si el objetivo de aquéllas de carácter criminológico es precautelar el orden y la tranquilidad social a partir de la estabilización de la *alarma social*[25] que el delito causa en el entorno, la evidencia de la gran *resonancia*[26] causada por los delitos económicos –generalmente perpetrados por grandes emporios empresariales y financieros– frente a figuras delictivas de «*menor impacto*», tornan en imprescindible la reorientación de los paradigmas del derecho penal que impiden, no solo legal y judicialmente, sino también en el criterio de los defensores a ultranza del positivismo y de la interpretación al tenor literal de la norma, la formulación de sanciones punitivas dispuestas no solo en contra de los factores, gerentes y administradores de las personas jurídicas constituidas, sino además de penas orientadas hacia la propia empresa *per se*, en su propio peculio, bajo su propia lógica de mercado, competitividad y «*prestigio comercial*».

Para concluir, y esbozando ligeramente lo que será materia de la parte final de este capítulo, parecería que la readaptación del *societas delinquere non potest*, el *non bis in idem* y en sí la formulación de las políticas criminales estatales no deben limitarse a aquéllo, sino que en sí la función del derecho, y del derecho penal en particular, pareciera requerir una recontextualización por medio de la cual la orientación finalística hacia la protección de bienes jurídicos tutelados penalmente derive en la tuición de las *expectativas* halladas en el entorno de los subsistemas sociales (Luhmann, 1992), y cuya funcionalidad radica en el mantenimiento de la confianza ciudadana en la norma penal, en su efectividad, legitimidad y en la labor desplegada por sus agentes de aplicación.

3. RAZÓN, COMUNICACIÓN Y LEGITIMIDAD DE LA NORMA PENAL. ALGUNAS CORRIENTES DOCTRINARIAS DEL SIGLO XX FRENTE A LA SANCIÓN PUNIBLE DE LA PERSONA JURÍDICA

En este apartado final pretendo entregar una visión reducida, aunque con afanes explicativos profundos, de dos concepciones modernas del derecho orientadas a servir de base para la justificación de la incriminación penal de las personas jurídicas. Tales corrientes doctrinarias no han sido desarrolladas desde esa perspectiva por ninguno de sus máximos exponentes, sino que mas bien han perseguido dar una visión *holística* del tránsito del derecho dentro de la alta complejidad de las sociedades modernas.

Dicha aclaración permite conocer dos hechos que marcan los ejes de los siguientes acápites: por un lado, la descripción de las posiciones teóricas de los autores por analizar –Habermas y Luhmann–; y, por otro, la adaptación y engarzamiento de dichas líneas conceptuales a la problemática de la presente investigación.

Con tales antecedentes, considero que proponer el análisis y discusión jurídico-penal desde los presupuestos de la *teoría crítica* de Jürgen Habermas y a partir de la visión sistémica de la *sociedad sin hombres* del talentoso Niklas Luhmann son en realidad los ligeros aportes que presento a la Academia

27. La esfera pública habermasiana constituye ese espacio de discusión en el que convergen las distintas fuerzas ciudadanas y los intereses representados alrededor del aparato estatal. Contrariamente a lo que se pudiera creer, cuando me refiero a esta categoría de análisis teórico, siguiendo la escuela crítica a la que se adscribe Habermas, no me refiero al sector público como tal, sino más bien a un espacio intermedio de debate construido como enlace entre la decisión pública y la opinión ciudadana. Al respecto, uno de los ensayos más esclarecedores de la teoría habermasiana lo hallamos en Jürgen Habermas, «La ciencia y la tecnología como ideología», en varios autores, *Estudios de la sociología de la ciencia*, Madrid, Alianza Universidad, 1972.
28. Dicha percepción de injusticia alrededor de la formación de las normas jurídicas y de su efectiva aplicación en el campo de las relaciones sociales se halla influenciada en gran medida por la noción de *cultura jurídica* establecida en cada sociedad. En este sentido, podemos señalar a la cultura jurídica como el conjunto de ideas, opiniones, valores y actividades acerca del derecho que la gente considera como justas o injustas. Al respecto, no solo el derecho sino las ciencias sociales en general dejaron de considerar a este factor valórico englobado alrededor de la cultura como uno de los ejes del análisis social, lo que fue detectado como un vacío tan solo a partir de la década de los ochenta, época en la que se retoma su discusión en las diferentes áreas de las ciencias sociales, agregándola como variable transversal a la temática citada. En relación al *retorno* hacia la consideración de la cultura como un eje de atención, podemos recurrir a Luz María Morán, «Sociedad, cultura y política: continuidad y novedad en el análisis cultural», en revista *Zona Abierta*, No. 77/78, Madrid, Siglo XXI, 1996-1997.

como fruto del trabajo teórico-empírico efectuado y que –demás está decirlo– constituyen tan solo una ligera aproximación hacia un debate aún no acabado y con una infinidad de aristas por ser desentrañadas. En fin, buscar la explicación y fundamento jurídico adecuado para introducir la problemática de la necesaria atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas es la motivación principal, por tanto, de la recurrencia a las corrientes sociológicas antes explicadas, y que en nuestro país –quizá por la densidad de sus formulaciones– no han sido siquiera mencionadas en la *esfera pública* de discusión, parafraseando al referido Habermas.

29. La racionalidad a la que se refiere Habermas no se enmarca dentro de la *razón práctica*, considerada como búsqueda de felicidad individualista y autonomía en favor del Sujeto, sino más bien como la construcción de una *razón comunicativa* que persigue a través del medio lingüístico concatenar interacciones y de allí dar forma a *estructuras de vida*. Dicho uso del lenguaje es el que nos permite y a la par nos obliga a salir del egocentrismo para observar hacia los criterios públicos de racionalidad. En torno a la indicada descripción, Raúl Gabás, J. Habermas, *Dominio técnico y comunidad lingüística*, Madrid, Ariel, 1980.
30. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
31. La reducción de la validez de la norma jurídica a los procedimientos de construcción tiene como antecedente la escuela politológica de Schumpeter, quien desde una perspectiva economicista señala que la constatación de la democracia como régimen de gobierno se sustenta en el respeto a los procesos establecidos previamente, dejando los *rendimientos* de la misma como una derivación no necesaria de su plena institucionalización. Sobre la posición del economista citado se puede recurrir a una condensación de su obra clásica en Joseph Schumpeter, «Capitalismo, socialismo y democracia», en Fernando Vallespín, y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 218-222.
32. En sociedades modernas, la mera apreciación de la elaboración normativa a partir de la coacción estatal es insuficiente, siendo imprescindible el sometimiento de las situaciones fácticas a un proceso de consenso entre los diversos actores. En Habermas, la visión positiva que otorga validez jurídica a las decisiones públicas es deficitaria y por tanto requiere de la legitimidad como requisito de sometimiento ciudadano, apareciendo así como una *teoría de la justicia*.
33. La soberanía popular no está configurada en Habermas como un grupo de personas imbuidas de la necesidad de participación en la toma de decisiones, sino más bien como un poder que circula comunicativamente y que a través de códigos establecidos con el poder vincula al aparato administrativo del estado. Una revisión clara y condensada de la teoría del derecho de Jürgen Habermas se la puede obtener en Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
34. En la concepción habermasiana la *ética* es el cúmulo de fines que orientan la acción compartida de un grupo social y que parten de uno de carácter trascendental: la construcción del estado-nación como símbolo de la modernidad y la emancipación del Sujeto. Luego, el trasla-

Habermas y la *acción comunicativa* como base de la imputabilidad penal de la *persona moral*

En la permanente discusión ciudadana alrededor de los asuntos que competen a la *esfera pública*[27] de toma de decisiones, uno de los argumentos que se torna recursivo y que a la par es sólido para la formulación de objeciones a la construcción de políticas públicas, es la falta de *legitimidad* de las normas y demás disposiciones legales que surgen como consecuencia de aquéllas. La nominación de *injustas* a las leyes, códigos y en general al sistema jurídico como tal, provocan entonces los ataques desde las organizaciones sociales, los grupos corporativistas, y en general desde la ciudadanía que siente permanentemente su ausencia en la formulación de opiniones alrededor de los temas de trascendencia en el manejo de los asuntos públicos.[28]

En este sentido, cuando de la aplicación de la norma positiva se trata, si la relación causalística y fenomenológica (Husserl, 1982) de la actividad de las personas –naturales o jurídicas– es congruente con la enunciación normativa vigente nos referimos a dicha armonización como *legal*; esto a partir de una concepción en la que la secuencialidad de los procedimientos institucionales seguidos hasta la sanción y promulgación de la norma han sido respetados. Sin embargo, aunque el aparente respeto a los códigos de convivencia social se hayan exteriorizado, la ausencia de un proceso previo de discusión en torno a la *racionalidad*[29] (Habermas, 1992) en la elaboración normativa es la que provoca la tensión entre *legalidad y legitimidad*, de la que la *teoría crítica* será una de sus principales escuelas de reflexión.

Facticidad y Validez[30] son entonces los ejes de la tensión presentada en la elaboración de la normativa legal; así, la *validez social* de la disposición legal se halla referida tan solo al cumplimiento de procedimientos[31] previamente establecidos (Robert, 1992), sin un previo ejercicio discursivo entre los interesados en el tema y, por tanto, prescindiendo del *consenso* ciuda-

do de tales valores hacia la consecución efectiva de los mismos se verifica en la estructuración de una argumentación a través de códigos lingüísticos y de comportamiento que pretenden *interacción discursiva racional* como paso previo a la obtención de consensos legitimantes.

35. En la *acción comunicativa*, hablantes y oyentes se encuentran en un ejercicio permanente de negociar tanto interpretaciones comunes a la realidad como de sintonizar sus respectivos planes de acción a través de procesos de entendimiento que persigan fines específicos. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 79-80.
36. Elaboración discursiva perteneciente a Fernando Bustamante y tomada por el autor de este trabajo durante el ciclo de conferencias sobre «Modelos de toma de decisión y resolución de conflictos» dictadas por el citado catedrático de la Universidad San Francisco de Quito en la

dano –que da origen al orden social–;[32] mientras que la *validez racional o comunicativa* tiene que ver con varios presupuestos previos a la enmarcación procedimental de la normativa legal, que parten de la elaboración de una *esfera pública de discusión* en la que los diferentes actores,[33] a través del uso de una *discursividad ética y argumentativa*,[34] propia de la *acción comunicativa*[35] como pretensión implícita de validez intersubjetiva, alcancen los acuerdos que les permitan imbuirse como *autores racionales* de la norma y por tanto sometidos a su *imperium.*

Para Habermas, la concepción del estado moderno pretende dejar de lado la discusión de lo público desde la virtud para trasladar la argumentación hacia el campo de la subjetividad y de allí diseñar esferas estatales, económicas, jurídicas y políticas, en las que el estado sea el espacio de discusión alrededor de *conceptos de vida*. Luego, la construcción del aparato estatal no puede ser neutra y tanto la política como la organización burocrática deben propender a la autoeducación en *virtudes cívicas*, posibles de alcanzar tan solo a partir del respeto a las diferentes posiciones de todos (as) en cuanto portadores (as) de valores e ideas que implican mutuo reconocimiento de igualdad y de dignidad humana. Si los procesos se elaboran bajo la ausencia de dichas premisas nos enfrentamos a una *comunicación sistemáticamente distorsionada*[36] que es resuelta por el puro y simple ejercicio del poder.

En el campo del derecho, la recurrencia al poder *in abstractum* –entendido como la potencialidad surgida desde el estado para elaborar una normativa jurídica procedimentalmente apropiada pero apartada de las valoraciones propias de la discursividad ética y del consenso que ella origina– genera una *apariencia* de legitimidad a los actos emanados desde la administración pública, por lo que no es posible en primera instancia observar si la forma en que el derecho está *integrado socialmente* responde al asentimiento de los ciudadanos o si, por el contrario, se corresponde con la *auto programación estatal del poder socio estructural*. A partir de tal ejercicio de decantamiento, enton-

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador, durante los meses de noviembre y diciembre de 2002 y enero de 2003.

37. Sobre todo en economías como la ecuatoriana, los postulados de Adam Smith y de los teóricos del liberalismo han sido distorsionados *ex profeso* a efectos de conseguir maximizar rendimientos con bajos niveles de contingencia y riesgo. La contradictoria y acomodaticia consideración de que la libertad de mercados lleva implícita la tuición de algunos sectores privados del circuito económico son, en el Ecuador, los ejes del «desarrollo» del empresariado nacional; inoperante frente a una realidad en la que exigencias de competitividad y calidad en los productos desbordan a un sector tradicionalmente acostumbrado a las prebendas públicas y el traslado de pérdidas y eventualidades del mercado hacia las arcas fiscales. Una revalorización y lectura adecuada de «La riqueza de las naciones» y la «Teoría de los sentimientos morales» de Smith parecen ser necesarias e imprescindibles en tiempos de globalización y apertura de mercados. Aclaro en esta parte que me refiero al liberalismo clásico, a

ces, se puede llegar a conclusiones valederas en torno a la lealtad de la población en torno a la *validez racional o comunicativa de las normas* (Habermas, 1998).

Previamente a considerar la aplicación de las formulaciones habermasianas en relación al derecho penal y a la imputación penal de las personas jurídicas como agentes en el cometimiento de hechos incriminosos, puntualizo finalmente dos consideraciones que serán básicas al momento de enlazar las relaciones entre estado, mercado y consenso social como factores involucrados en la reflexión propuesta. Por una parte, el mercado al hallarse inmerso dentro de una estructura estatal definida como *no neutral* y por tanto provista de rendimientos éticos y morales obligados a ser difundidos entre los asociados, se constituye en una *institución cívica*, con códigos de ética y de moralidad propios, cuya necesaria regulación por parte del estado es un requisito *si-*

lo Hayek, Popper o Polanyi; mas no a la variante «neo», surgida con el «segundo» Milton Friedman.

38. Cuando me refiero a estado, no solo en esta parte de la reflexión sino a lo largo de todo el trabajo, me limito a la concepción moderna del mismo; es decir a aquella que surge como amalgama de la estructuración de una organización político-administrativa enlazada a la idea de un sentimiento de pertenencia y mancomunidad de objetivos de sus miembros, encasillados en torno al término *nación*. Así, las afirmaciones que siguen tienen al estado-nación moderno, surgido a fines del siglo XVII y definidos estructuralmente en el siglo XVIII, como el eje de articulación para la conformación de las complejas sociedades aparecidas a lo largo de los últimos dos siglos.
39. El derecho penal económico es otro de los conceptos que han sido materia de discusiones interminables en cuanto a su definición se refiere. Si por un lado hallamos a quienes señalan que el derecho penal económico es aquél que mantiene como unidad de análisis a los hechos punibles reproducidos en la esfera del fuero penal económico, tal cual lo insinúa Pagano, dicha articulación de la rama criminal del derecho con la vertiente económica nos remite a su vez a otro concepto de difícil dilucidación: el derecho económico, ante el cual el abanico de opiniones es aún más difuso y la controversia en torno a su existencia efectiva o a la simple ilusión teórica en torno a un sistema jurídico que en general se halla atravesado por la variable económica distancia a los autores y escuelas elaboradas. En todo caso, para efectos de la argumentación realizada, considero al derecho penal económico como el ordenamiento normativo en el que los bienes jurídicos tutelados estatalmente se refieren y tienen como esencia de tuición intereses de carácter patrimonial de los ciudadanos y las empresas y que, indudablemente, pueden causar daños colaterales en todos órdenes de la vida y de la carga valórica de una sociedad.
40. He preferido referirme con el término *no natural* a todas aquellas identidades que se encuentran en la periferia de la consideración dada a los individuos de la especie humana. Sin ser una categoría de análisis en la investigación, en ocasiones me parece que de esta manera se puede, a la vez que excluir concepciones, engarzar dentro de tal artificio a toda empresa, corporación, fundación, etc. que pudiera generar y reproducir conductas penalmente sancionadas.
41. A partir de la enunciación de la categoría de la acción instrumental efectuada por Max Weber, dicha *beta teórica* fue redefinida y adaptada –aunque manteniendo sus fundamentos esenciales– por estudiosos de la ciencia política y las relaciones internacionales, y porque no

ne qua non para su existencia material pues, ante el *libre albedrío* erróneamente interpretado por parte de algunos seudo seguidores del liberalismo clásico,[37] dicha institucionalidad se evaporaría por su propia fuerza y objetivos.

De otro lado, y concatenado con lo antes mencionado, al estado se lo debe entender ya no como una maquinaria eminentemente utilitaria, sino por el contrario, como un aparato ético generador de virtudes cívicas, las que para ser difundidas entre los ciudadanos consideran previamente la participación de aquéllos al momento de tomar decisiones públicas, pues es precisamente allí donde se crea un *imaginario de empoderamiento social* con el que se transmite legitimidad y compromiso de parte de los actores hacia las normas jurídicas diseñadas en conjunto.

En el caso del derecho penal, la búsqueda del *orden social* a través de la acción comunicativa que se desprende del entendimiento intersubjetivo de los diversos actores sociales se refleja en la configuración de normas penales que, a la vez de cumplir con su misión de respuesta estatal frente al hecho de-

decirlo por amplias concepciones de las ciencias sociales en general. El denominado *rational choice* busca a partir de la acción de los actores sociales una definición de estrategias y de movimientos políticos en torno a la consecución de objetivos predeterminados y en los que el cálculo de costo-beneficio, así como el de la reducción de contingencia son de trascendental importancia. En contrario a la popularidad generada por la escuela citada, sus opositores han manifestado, con no pocos argumentos, que la limitación del análisis a partir de la utilización de esta variable individualista radica en que: i) la racionalidad de las elecciones efectuadas se basa en gran medida en la disponibilidad de información adecuada y completa en torno al escenario en el que se desarrolla la disputa; hecho éste por lo demás poquísimas veces verificable en la cotidianeidad; y, ii) la consideración de las emociones es dejada de lado, por lo que allí se marca un espacio sin respuestas desde la corriente teórica citada. Una aproximación al bagaje teórico ligeramente enunciado, aunque desde la perspectiva del marxismo analítico, lo hallamos en Adam Przeworski, *Democracia y mercado. Reformas políticas y económicas en la Europa del Este y América Latina*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1995. En lo referido al tratamiento de las emociones a partir de la concepción de la elección y el actor racional, podemos hallar un estudio esclarecedor en Jon Elster, *Uvas amargas*, Madrid, Alianza, 1996.

42. Cuando señalo que el mercado actúa como una institución pública lo hago en alusión a la interdependencia marcada por éste con relación a la agencia estatal. En últimas, el mercado no es más que una ficción considerada por el estado, del cual es parte. En este punto, si pretendemos hallar una distinción teórica que sea fuente de oposición a la articulación del código binario estado / mercado, hallamos tal posibilidad cuando confrontamos a la misma frente a sistemas de autoayuda comunitaria, hallados en las bases de la anarquía, en las que la escala jerárquica estado-mercado se desvanece.
43. Cuando me refiero a sistemas de auto ayuda lo hago desde una posición anárquica de la búsqueda del orden. En este sentido, los sistemas de gobierno y establecimiento de códigos de comportamiento autorreferidos en la anarquía no se caracterizan por ser individualistas –como es el caso de la posición de Weber– sino que por el contrario persiguen una utilidad comunitaria aunque con la prescindencia de la agencia o de jerarquías en general. En la anarquía la concepción del gran aparato estatal, regulador, diseñador de líneas de gestión, actúa tan solo como un mecanismo disuasivo y destructivo de la capacidad de regulación propia

lictivo, sirven como medida preventiva de difusión general y que, en conjunto, ensayan un diseño institucional acorde al contexto social vigente.

Retornando, partí en el presente trabajo de la consideración del paradigma jurídico del *societas delinquere non potest* como base de negación a la imputación penal de las personas jurídicas, y sobre la generación de un proceso de deconstrucción discursiva es que pretendo llegar a un posicionamiento en contrario; para el efecto, y considerando en primera instancia que la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica parece ser verificable en la gran mayoría de los casos, a partir de tipos delictivos relacionados con el comercio, las transacciones mercantiles y en fin la dinámica del mercado, a continuación indago desde una reflexión por la que me empeño en contextualizar los posicionamientos modernos del estado,[38] el mercado –y la relación intrínseca entre ellos generada– y las *correas de transmisión* surgidas entre estas categorías de análisis y el *derecho penal económico*,[39] visto como disciplina alrededor de la que se enmarcan las conductas punibles en las que

del sujeto emancipado. De allí que la generalizada apuesta a la anarquía como símil de caos es por demás errada y propia de contextualizaciones y estructuras lingüísticas «naturalizadas» –parafraseando a Pierre Bourdieu– alrededor de criterios de *sentido* que distorsionan la verdadera esencia de la corriente mencionada. Una descripción teórica en torno a la anarquía y sus bases en el estado ecuatoriano la podemos encontrar en la obra de Alexei Páez Cordero, *El anarquismo en el Ecuador,* Quito, Corporación Editora Nacional / INFOC, 1982.

44. En la visión de Hobbes, el hombre vive en un permanente *«estado de naturaleza»* en el que su propia instintividad le impide mantener una interrelación armónica con sus semejantes, respecto a los que solo mantiene deseos de supervivencia y egoísmo intrínseco. Para salir de tal situación, que por otro lado es de libertad absoluta, la propuesta desarrollada gira en torno a entregar todas las facultades del sujeto en favor de un Soberano que, una vez investido de las prebendas expresamente concedidas por las personas, puede realizar una actividad en busca del orden y la armonía social, sin hallar limitaciones específicas a su gestión. La estructura organizativa de la que se sirve el Soberano para alcanzar sus fines es ciertamente fuerte y sin más fronteras que la consecución del objetivo final ya citado: el orden social. A dicha articulación de intereses particulares en torno a un gran aparato estatal es a lo que Hobbes llama *El leviatán*, el que actúa como centro de operaciones de la violencia legítima generada desde la propia voluntad de los asociados. Las corrientes contractualistas, de las que Hobbes junto a Jacques Rousseau y John Locke forma parte, son un producto de fines del siglo XVIII, a propósito de la Revolución Francesa y el triunfo de la Ilustración en el campo de la filosofía. El pensamiento de Hobbes se encuentra difundido a lo largo de su gran obra, pero especialmente en Thomas Hobbes, *El leviatán*, Madrid, Alianza, 1993.
45. La Escuela de la Teoría Crítica de Frankfurt tiene como sus exponentes más visibles a Max Horkheimer, Walter Benjamin y Teodore Adorno, quienes establecen los postulados fundamentales de la corriente alrededor de 1923. Luego, sus seguidores se enfilan alrededor de Apel, Wellmer, Offe y, por supuesto, Jürgen Habermas.
46. *Trabajo e interacción* como principios de la racionalidad habermasiana, que dista de la esgrimida por Weber, son el fundamento para describir al *capitalismo tardío* como un proceso de dominación en el que la «ciencia se tecnologiza» y se orienta hacia la mera adscripción instrumental de valores hacia el mercado, dejando de lado la criticidad que es inherente a la

su agente de comisión u omisión puede ser una empresa, una corporación o fundación, o en general cualquier persona *no natural*.[40]

La concepción del estado como el ejercicio monopólico de la fuerza legitimada (Weber, 1968) y de la consideración de la *acción instrumental*[41] como fundamento de la obtención de fines y objetivos demarcados tanto por la citada institucionalidad, así como por parte de sus integrantes de manera individualizada nos conduce a una orientación normativa en la que el estado mantiene y cumple sus fines a través de ciertos medios o mecanismos entre los que *el mercado* es uno de los de mayor trascendencia. Visto desde este punto de vista, el mercado actúa entonces como una institución pública,[42] sujeta a la regulación de parte del aparato estatal y apartada de cualquier dicotomía aparente entre tales actores; por el contrario, estado y mercado son dos aristas en torno a una misma direccionalidad.

Agregaría que si bien la *agencia* –entendida como organización jerárquica emanada desde los intereses públicos– es una de las visiones arraigadas en la posición conservadora de la política y la filosofía, mientras que la búsqueda de una solución *pro-firma*, en la que el mercado desempeña un papel estelar es mantenida por las concepciones liberales no alineadas con la *auto-ayuda*,[43] ambas se inclinan por establecer lazos comunicantes entre las categorías estado y mercado, frente a las que este último aparece como un artilugio del Leviatán[44] –parafraseando la orientación política y a la vez la obra célebre de Hobbes– y por tanto sometido a regulación e intervención.

racionalidad humana. Al respecto, se puede hallar un ligero ensayo, aunque famoso por sus connotaciones en Jürgen Habermas, «La ciencia y la técnica como ideología», *op. cit.*

47. En este plano, la discursividad ética que envuelve a las interacciones del mercado que propone Habermas tiene en gran medida similitud teórica con la verdadera propuesta elaborada por Adam Smith en *La riqueza de las naciones*. En efecto, la moral planteada por el economista inglés –más allá de las deformaciones a las que ha sido sometida su posición– en buena medida se halla revestida de la entrada teórica frankfurtiana pues es él quien señala que el comercio es un intercambio comunicativo en el que se evita que la *moral de la comunicación* sea distorsionada. Los valiosos aportes de Smith a la ciencia moderna van más allá de la enunciación esgrimida hasta la fecha por algunos economistas en torno a citar a la economía como una ciencia amoral. Por el contrario, una real interpretación de la obra del padre del liberalismo no debe dejar de considerarlo como el gestor de una teoría de la moral pública, de lo que se desprende que la economía no era ni es amoral, sino más bien ética y de naturaleza comunicacional. Luego, la correlación con la teoría crítica habermasiana y la categoría de la acción comunicativa a partir de la interrelación racional de discursos éticos entre los agentes guarda en gran medida correspondencia con las afirmaciones propuestas por Smith. En síntesis, y refiriéndome al mercado como herramienta del estado para la consecución de fines y el afianzamiento del orden social, se puede arribar a la conclusión de que el *mercado no es neutro*, sino que responde a intereses y decisiones que, en última instancia, son siempre de carácter político.

En la concepción de Habermas y de la escuela frankfurtiana[45] de la *teoría crítica* existe una bivalencia de categorías que explican el estado moderno y la racionalidad que éste emana: *trabajo e interacción*,[46] el primero concebido como *acción racional con respecto a fines* y la segunda considerada a partir de la *acción comunicativa*; es decir, como *juego de interacción simbólica mediada*. De allí que, si las relaciones entre los diferentes agentes se mantienen en firme y otorga validez a sus propuestas a partir de una interrelación racional en la que la comunicación prima y prevalece a la prepotencia del aparato y poderío estatal, el mercado –siendo parte del estado– se encuentra también sumido en tal dinámica, por lo que las decisiones y *sentido* que se generan desde aquél responden también a una acción comunicativa e intercambio racional y permanente de interacciones en las que la *discursividad ética*[47] forma parte de todo el andamiaje estatal.[48]

Ahora, si el mercado como espacio en el que se desenvuelven los diferentes actores económicos y financieros (remitiéndome en este caso a las empresas y las personas jurídicas en general a efectos de aplicar la teoría enunciada al problema que nos ocupa) se halla vinculado a una regulación estatal que permite el orden y control social –independientemente de una orientación liberal o centralizada del estado–, en tal dinámica la interposición de paradigmas como el *societas delinquere non potest* no permitiría que dichas empresas, corporaciones y en general personas jurídicas, cuando atentaren contra determinados bienes tutelados penalmente, sean reprimidas por el daño causado a una colectividad a la que el mercado como tal se debe y el estado orienta.

Luego, un principio de derecho penal como el citado resulta contradictorio con los códigos de ética y moral diseñados por el estado y aprehendidos por el mercado, como dependiente del aparato estatal. La *legalidad* de la res-

48. De allí que la sociología habermasiana pretenda una articulación entre las concepciones de política y de ética, retornando de esta manera a una concepción aristotélica plasmada en, Aristóteles, *La política*, Barcelona, Los Libros de Plon, 1981.

49. Precisamente el problema del capitalismo tardío, parafraseando a Habermas, radica en la imposibilidad de éste de generar rendimientos en la democracia que generen legitimidad en las decisiones públicas. La orientación estatal a recurrir a la racionalidad instrumental como medio de subordinar al resto de dimensiones de la realidad, termina subordinando también la amplia concepción estructural de la lógica a la simple lógica instrumental. El ejercicio teórico planteado por Habermas, en este sentido, es buscar los mecanismos para lograr un cambio radical que permita elaborar una noción colectiva de subjetividad que supere la noción cartesiana mantenida desde Descartes hasta Hegel. Una aproximación a los principales postulados en lo político y jurídico de Habermas la hallamos en G.E. Rusconi, «Discurso y decisión. El intento de Habermas de fundar una racionalidad política», en *Problemas actuales de teoría política*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 1985.

50. En esta parte del trabajo se pretende realizar un ejercicio de anclaje de la teoría crítica habermasiana –con sus dificultades y densidades propias– a una realidad nacional en el ámbito que

tricción a imponer sanciones penales a la persona jurídica en este caso es absolutamente visible; sin embargo, la *legitimidad* de dicha premisa está ausente pues se aparta del *consenso ético discursivo* por el que se busca que el derecho sea el catalizador de la ética pública y del orden social.

Así, si el mercado mantiene una moral –regulada por parte del estado– que se conforma a partir de un *intercambio ético comunicativo* que pretende el orden y seguridad comunes –así como la *justicia de la equivalencia* en las relaciones de intercambio para garantizar la producción y reproducción social– y dicha seguridad se encuentra amenazada por la irrupción de agentes económicos corporativos que alteran la funcionalidad del estado cuando reproducen hechos delictivos **no sujetos a respuesta estatal punible**, la invocación de normas jurídicas que establezcan la sanción penal para las personas jurídicas resulta necesaria para garantizar disposiciones legales que, a la par de mantener la legalidad de procedimientos, sean productos del consenso racional y de la actividad comunicativa de ciudadanos y mercado, cuyo resultado es aprehendido por el aparato estatal y trasladado a la legislación positiva.[49]

Si el mercado es un artilugio del estado para mantener el orden público y por tanto en dicho afán es sometido a su regulación –en todos los casos y con la sola salvedad del sistema anárquico– resultaría contradictorio que sea la propia institucionalidad estatal la que permita que dentro del mercado, que es ético como ya lo he señalado en varias ocasiones, existan organizaciones que sean consideradas *amorales* y por tanto no sujetas a la regulación y control jerárquico público –referido a lo punible y sancionador– y requerido desde los distintos actores y grupos sociales.

Luego, si las empresas como tales actúan bajo una ausencia de correlación con las disposiciones normativas que protegen determinados bienes ju-

nos ocupa. La aproximación entre teoría y praxis es precisamente una de las elaboraciones más reconocidas en la filosofía habermasiana y de allí el afán por intentar un ensayo en ese sentido.

51. Aquí parece ocurrir precisamente lo que Habermas denomina la «tecnificación del derecho» (o de la política, la educación o cualquiera de los *mundos de vida*, que son producidos desde el sistema socio-cultural) por medio de la que la racionalidad instrumental coloniza a la racionalidad comunicativa, llevando en este caso al derecho a actuar como una ciencia (¿o técnica?) que se oriente únicamente a legitimar la organización socioeconómica y del poder político. Luego, la ciencia y la técnica –en cualquiera de las dos esferas que se acomode al derecho– se constituyen en la primera fuerza productiva. Al respecto, Jürgen Habermas, *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1990. Indico además que en esta parte del trabajo he incluido algunas reflexiones e ideas en torno a las que me encuentro desarrollando el proyecto de investigación: «De la formulación de propuestas educativas para el mercado a la construcción de espacios de reflexión y criticidad. La crisis de la universidad latinoamericana y sus posibles salidas: el caso ecuatoriano» que se halla financiado por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO-ASDI) como consecuencia de la obtención

rídicos tutelados especialmente por el cobijo de la sanción penal, y que han sido calificados de tal trascendencia por la interrelación y discursividad argumentativa generada desde los distintos actores sociales, entonces, *la legitimidad de tales disposiciones así como la esencia de la ética pública se desvanecen*.[50]

Dicha argumentación, la de la amoralidad de las personas jurídicas, resulta poco lógica si consideramos que estos actores, o las empresas e instituciones en general dedicadas al negocio jurídico comercial en específico, han sido consideradas como sujetos de derechos y obligaciones aún por las concepciones tradicionales de la *ficción de la persona jurídica* y con mayor encono por las corrientes realistas. Por tanto, generar un código de comportamientos en el que, de un lado, la responsabilidad civil y comercial de las empresas se halle plenamente aceptada, mientras que el discrimen hacia la inimputabilidad penal de aquéllas sea la otra cara de la moneda, parece ser una solución no del todo adecuada.

Más aún, lo dicho se refuerza si se considera que la búsqueda de armonía en el tejido social pasa en buena medida por la aclimatación del mercado y de sus agentes a las convenciones nacidas desde la *esfera pública*, entendida como el espacio en el que la *razón intersubjetiva* (Habermas, 1990) permite la obtención de consensos que otorgan legitimidad a la cotidianeidad social[51] anhelante de respuestas efectivas del derecho penal ante los ilícitos cometidos desde la empresa y desde la persona jurídica en general.

de una de las becas concedidas por este organismo internacional con motivo del concurso de proyectos para investigadores jóvenes de América Latina y el Caribe «La educación superior: redefinición de las fronteras entre lo público y lo privado».

52. Sin embargo de lo expuesto, el estado rehuye al planteamiento del diálogo racional comunicativo esbozado en esta parte del trabajo precisamente porque a través de este mecanismo se evidenciaría la crisis de legitimidad a la que se refiere Habermas, recurriendo entonces al *consenso forzado*, por el que las decisiones públicas nacen desde el aparato estatal como expresión de la capacidad coercitiva inmanente a la agencia pública. Negarse a relativizar paradigmas como el que tiene que ver con la inimputabilidad penal de las personas jurídicas cuando existe un amplio criterio desde la esfera pública en torno a la necesidad de que las políticas criminales en este campo sean rediseñadas para beneficio no solo del tejido social sino de la transparencia y moralidad del mercado, encuentran una cómoda salida en la visión positivista y exegética desde el estado y su capacidad de imposición de una argumentación instrumentalista, en la que la dimensión técnica tiende a invisibilizar a la dimensión comunicativa. Luego, lo paradojal es que el estado busca lealtad de las personas en general cuando el proceso de toma de decisiones –en cualquier esfera– se lo ha efectuado sin su participación. Al respecto, sobre la paradoja citada, la crisis del capitalismo tardío y las salidas a esta encrucijada, se puede consultar la elaboración más completa de la sociología crítica en Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1989.
53. Sobre la influencia de las comunicaciones, la tecnología y la diversidad en la que se desenvuelven las sociedades contemporáneas; así como la determinación de dichos conceptos en

Así, cuando el estado se niega a procesar las demandas en torno a la necesaria reformulación de paradigmas jurídicos –como el *societas delinquere non potest*– que resultan contradictorios con los requerimientos de mayor afianzamiento de la respuesta punible estatal –sea en la vía de la prevención general o de la especial– frente a una realidad en la que las negociaciones y transacciones que se efectúan en el mercado ponen en juego permanente intereses de grupos difusos y de la ciudadanos en general (v. gr. los depósitos realizados en las instituciones financieras o la relación consumidor-proveedor, etc.), resulta indispensable establecer mecanismos a través de los que la interacción y fuerza de la *acción comunicativa* y el *consenso* que de ella se deriva provoquen la adopción de una normativa innovadora, en la que sea la propia persona jurídica quien actúe como *sujeto de reproche penal*, pues de esta forma se estaría evidenciando y exteriorizando en la norma jurídica el surgimiento de *consensos intersubjetivos fundamentales*.[52]

La persona jurídica como sujeto activo de delitos en la perspectiva de Niklas Luhmann. Una visión desde la teoría de sistemas

la estructuración de una cultura ciudadana posestructuralista o posmoderna y su consiguiente repercusión en el diseño y objetivos del estado, ver Luciano Tomassini, *La política internacional en un mundo postmoderno*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1985.

54. Un ligero estudio comparativo de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann y la teoría de la acción comunicativa propuesta por Jürgen Habermas lo encontramos en Luis Armando González, «Teoría crítica versus teoría de los sistemas: la confrontación Luhmann-Habermas», inédito, México D.F., 1992.
55. La teoría sistémica de Luhmann marca la explicación de la sociedad a partir de la elaboración de dos categorías diferenciales de análisis: *sistema y entorno*. En el primero se encuentran una serie de subsistemas autónomos que se reproducen por sí mismos y que dan lugar a códigos de comportamiento específico de cada uno de ellos (v. gr. el subsistema jurídico, el subsistema político, el subsistema cultural, etc.), mientras que en el segundo se encuentra *todo lo que no es parte de cada subsistema*. De tal forma, y por exclusión simple –en términos aristotélicos–, todos y cada uno de los subsistemas constituyen el entorno respecto a aquél en el que fijemos nuestra atención. Así, si todo es entorno respecto a un subsistema en específico, y el hombre no es sino parte integrante de uno más de aquéllos, el ser humano estará, para Luhmann, siempre «deambulando» por el ambiente o entorno, como un factor de contingencia más en el desarrollo y transformación de los subsistemas. Un desarrollo analítico de la *beta teórica* luhmaniana está publicado por I. Izuzquiza, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990.
56. La complejidad es otro de los conceptos fuertes utilizados en la sociología luhmaniana, y se refiere al conjunto de todos los sucesos que circulan alrededor del sistema social. En este sentido, la complejidad es el entorno permanente de los subsistemas sociales y frente a los que se genera el proceso de autoobservación y autorreproducción de cada uno de ellos.

La teoría de la *sociedad sin hombres* desarrollada por el abogado y sociólogo alemán Niklas Luhmann es, sin lugar a dudas, uno de los posicionamientos teóricos más profundos de la segunda mitad del siglo XX y –también a no dudarlo– constituye para la sociología clásica como también para el derecho y las ciencias sociales en general, una nueva visión acerca del desarrollo de la sociedad bajo parámetros de diversidad, diferencia (Lyotard, 1986), altos niveles de complejidad e incursión de las comunicaciones y la tecnología (Inglehart, 1977) como instrumentos de trascendental importancia en el desarrollo de las relaciones societales de fines de siglo.[53]

Si Habermas había sido el último de los defensores de los principios de la Ilustración y la edad moderna de la historia, en Luhmann dicha concepción emancipatoria de la razón humana y de la noción logocéntrica del sistema en la que se enmarca la dinámica de las relaciones societales es dejada de lado; en efecto, la posición luhmaniana señala que el hombre (o la mujer, pues pretendo evitar cualquier confrontación lingüística en torno a la distinción de género) no es más el centro de la evolución de los sistemas sociales y, por tanto, su estelaridad y consideración como eje articulador de los cambios y el de-

57. Cada uno de los subsistemas sociales mantiene un código binario propio que les sirve para *reducir la complejidad* existente en el entorno. En este sentido, si partimos de la consideración de que todo lo que está fuera del subsistema es ambiente –o entorno–, tal cadena de sucesos pueden o no ser aprehendidos por un subsistema determinado, dependiendo de que si el tipo de comunicaciones inmersas en tal suceso son decantadas favorablemente o no por el respectivo código binario. Ejemplifico: el subsistema jurídico es una de aquellas estructuras que forman parte del sistema social, y como tal posee una carga valórica propia enmarcada alrededor de su código binario: lo legal e ilegal. Son éstas las categorías éticas que le servirán al subsistema jurídico para escoger de entre los sucesos que forman el entorno aquellos que le servirán para generar su proceso interno de mantención y readecuación como subsistema. Si existen sucesos propios del subsistema económico que pueden incidir sobre el jurídico, el código binario los decanta y aprehende para insertarlos en su dinámica; caso contrario, los omite y los deja mantenerse en el *entorno*, pues, contingentemente, habrá otro de los subsistemas que aprehenda dichas comunicaciones. Así, cada subsistema goza de su propia carga de valores alrededor de los códigos binarios; el económico (lo productivo y no productivo), el político (el poder y el no poder), el cultural (lo bello y lo feo), etc.
58. Se señala que la reducción de complejidad es uno de las tareas básicas de los subsistemas porque a partir de la aprehensión de sucesos –comunicaciones– que realizan por medio de sus códigos binarios se permite que el entorno se «despeje» y se evite la saturación del mismo. En la vía contraria, cada subsistema al aprehender contingencia realiza un ejercicio similar de liberalización de aquellos sucesos que, por haber sido relegados por el subsistema, son expulsados hacia el entorno. De no generarse permanentemente esta dinámica al interior de los subsistemas, el peligro de saturación interna podría causar el colapso de aquellos.
59. Sobre la capacidad de armonización propia y autónoma al interior de cada subsistema y su relación con el entorno, la posición de Luhmann la hallamos en Niklas Luhmann, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 16 y ss.
60. La actuación descentrada del Sujeto y su posibilidad meramente contingente de ser centro de imputación de acciones es uno de los ejes de la teoría de sistemas de Luhmann. Un desarro-

venir estructural de los tejidos societales ha llegado a su fase final.[54] Luego, la sociedad es pensada desde la distinción *sistema / entorno*, en cuya dicotomía el ser humano se encuentra siempre en el ambiente o *entorno* de los subsistemas sociales.[55]

Dentro de la misma relación *sistema / entorno* que se ha citado, la estructura de cada uno de los subsistemas se mantiene y genera dinámicas internas a partir del ejercicio permanente de reducción de *complejidad*,[56] que con-

llo explícito de la ubicación del individuo dentro de la sociedad la hallamos en Niklas Luhmann y Raffaele de Georgi, *Teoría de la sociedad*, México, Universidad de Guadalajara / Universidad Iberoamericana / Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993. También tenemos un análisis en torno a la funcionalidad otorgada al hombre en la teoría sistémica luhmaniana en Nora Rabotnikof, en Antonio Camou y José Esteban Castro (coords.), *La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, México D.F., Triana / Facultad latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, Sede Académica de México, 1997.

61. La recurrencia de Luhmann a una configuración de valores éticos como estructurantes de los códigos binarios de los subsistemas parte de la «Gran Teoría» de Talcott Parsons, quien fue su maestro en la Universidad de Harvard a mediados del siglo XX y de quien su teoría recibe una estimativa influencia. Para Parsons, la conformación de estructuras sociales sirven de sustento al papel que concatenadamente desarrollarán los individuos inmersos en el grupo social. De esta forma, la orientación teórica hacia el estructural-funcionalismo (Weber y Durkheim) es fundamental en la «Gran Teoría», y es precisamente a partir de esta conjunción de esquemas que la valía y trascendencia del aporte parsoniano ha sido relevante en el estudio posterior de la Sociología y las Ciencias Sociales en general. En este sentido, si partimos del establecimiento de organizaciones estructuralmente compuestas (Iglesia, familia, etc.) cuya misión es el cumplimiento de funciones o papeles específicos dentro del entorno, dichas actividades pretenden saldar las necesidades propias de cada uno de los cuatro segmentos de la sociedad, y que giran alrededor de la comunidad societaria, la comunidad política, la comunidad económica y la comunidad encargada del mantenimiento y afianzamiento de los patrones culturales; cada una con su específico esquema de instituciones generadoras de posicionamiento dentro de la sociedad, y que luego serán evaluadas a partir de las definiciones de *status y rol*. Sobre la temática abordada se puede recurrir al análisis efectuado en Pablo García Ruiz, *Poder y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990. En la misma línea, respecto a la estructura normativa como eje de gestión de la acción social parsoniana y sobre una base de discusión más amplia en la que se confrontan pensamientos de varias teorías sociológicas, hallamos una descripción y análisis significativo en Talcott Parsons, *La estructura de la acción social*, tomo I, Madrid, Guadarrama, 1968, p. 83. También el enfoque se lo puede visualizar en C. Wrigth Mills, *La imaginación sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 59. En la misma posición reflexiva, y desde una perspectiva comparativa entre la teoría parsoniana y la visión de Niklas Luhmann, existe un ligero ensayo de mi autoría, «De la teoría de la acción social parsoniana a la organización de sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann. Una visión del tránsito hacia la *sociedad sin hombres*» que se encuentra publicado en la *revista virtual de la Asociación Latinoamericana de estudiantes, egresados y graduados en ciencia política (ALEGCIPOL) - Capítulo Ecuador*. La dirección electrónica de dicha publicación es www.goecities.com/alegcipol.

62. Las paradojas se hallan siempre presentes en la teoría de los sistemas autopoiéticos de Luhmann, y precisamente una de ellas es esta característica de los subsistemas sociales de ser cerrados y a la vez abiertos; vale decir, generadores de clausura operativa por medio de la que

siste en la aprehensión de determinados *sucesos* –estados del mundo o estados de los subsistemas– que por ser asimilables al *código binario* particular de cada subsistema permite que éstos puedan mantenerse y generar nuevas dinámicas en su estructura interna. El ejercicio de selección operativa de *contingencia* –todo aquello no indispensable ni necesario, … simplemente posible– realizado por los subsistemas parte entonces de una lógica de exclusión dada por la carga valórica que se encuentra envuelta en cada uno de los códigos operativos señalados. En este sentido, diremos que un código operacional o *código binario* es una estructura valórica a través de la cual el proceso de decantamiento de lo que aprehende el sistema para sí y lo que desecha, por extraño a su conformación estructural, se verifica.[57]

A partir del ejercicio permanente de *reducción de complejidad*,[58] que es tarea de todos los subsistemas para garantizar su propia dinámica y mantenimiento dentro del tejido social, los subsistemas se *autorreproducen* y se *autoobservan*; así se marca la diferencia con el *entorno* al generar una variación estructural propia, a la par de establecerse distancias respecto a los otros subsistemas, vía proceso de decantamiento, posibilitado desde los códigos binarios. En Luhmann esta construcción teórica se enmarca alrededor de los llamados *sistemas autoiéticos*,[59] que constituyen el referente de la teoría de sistemas: cada uno de los subsistemas tiene un proceso interno de elaboración y reelaboración estructural, lo que les permite manejar lógicas propias y autónomas respecto a las que se generan en el *entorno*.

Para Luhmann, la sociedad se dinamiza por sí misma a partir del juego de *complejidad y diferencia* que marcan los sucesos contingentes que se encuentran circulando alrededor de los diversos subsistemas; luego, estos su-

su ejercicio de autoobservación y autorreproducción es interno e independiente al *entorno* y a la par ser abiertos, bajo la pretensión de que la posibilidad de relación con el *entorno* se da en base al *sentido* propio de cada subsistema, el que le permite aprehender las comunicaciones que sean perceptibles por el «filtro» que constituye el código binario de cada subsistema social. Es tal la trascendencia del *sentido* como generador de criterio diferencial o selectivo que el propio Luhmann llega a establecer la siguiente analogía: la función del *sentido* para los sistemas síquicos y los sistemas sociales equivale a la de los universales bioquímicos (DNA, RNA) para los sistemas orgánicos, en Niklas Luhmann, *Funktion der Religion*, Frakfurt M., Suhrkamp, 1977, p. 21; citado por Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann, op. cit.*

63. Niklas Luhmann, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia, op. cit.*
64. Dentro de la conformación de los subsistemas sociales se mencionó que el ser humano se hallaba siempre alrededor de un entorno frente al que las comunicaciones asumen el papel trascendente. Sin embargo, el propio Sujeto mantiene un subsistema propio, autónomo y autopoiético –tal cual los que lo rodean en el entorno social– y es el llamado *sistema síquico.* Siguiendo la lógica de la teoría en análisis, el sistema síquico se autoprograma y mantiene una escala lexical de valores que conforman la estructura cognitiva del ser humano y le permiten mantenerse vinculado con el entorno a través de la configuración de su código binario; sin

cesos materializados en *comunicaciones* son el eje de atención de las sociedades modernas, reduciendo a los hombres a la conformación de uno más de los subsistemas de autorreproducción y reducción de complejidad.[60] De esta manera y paradojalmente, los subsistemas luhmanianos son *cerrados* –y mantienen su clausura sistémica– en cuanto su proceso de selección interno parte de valoraciones éticas[61] y son *abiertos*, en cuanto aprehenden contingencia del ambiente en el que se desenvuelven, lo que se consigue por medio de la decantación dada en los códigos binarios que actúan como catalizadores de *sentido*, y que es en últimas el criterio que selecciona los elementos que pueden formar parte o no del subsistema (García Amado, 1997).[62]

Si he señalado hasta ahora –espero que con alguna claridad– la lógica operativa de los subsistemas que interactúan dentro del gran sistema social, resta por determinar cuál es el motor que genera la complejidad en el entorno social y que en tal sentido es el eje de atención de la teoría sistémica expuesta: me refiero entonces a *las comunicaciones.*

La teoría de la *sociedad sin hombres*, al apartarse de los principios del humanismo y la razón como articuladores del progreso y el desarrollo, afronta –conforme se ha citado– un nuevo eje conductor en la lógica de la acción social: en sociedades diversas y altamente complejizadas, las comunicacio-

que por ello se pretenda arribar a una conclusión en la que se otorgue estelaridad al mismo ni tampoco se pretenda ignorar su trascendencia dentro de un entramado social en el que, si bien ya no es su epicentro, es generador de complejidad frente a los otros subsistemas.

65. Cuando los subsistemas varían su estructura interna a propósito del ejercicio permanente de autodescripción y autoobservación (autopoiesis), se generan efectos endógenos, indudablemente, pero también otros externos al subsistema. Estos resultados de la dinámica sistémica se constituyen en complejidad que, una vez trasladada al entorno –dependiendo de su naturaleza y carga valórica–, puede ser decantada por los otros subsistemas y asumida para su propia lógica operacional. Las comunicaciones que son las que en definitiva están «navegando» en el entorno como contingentes del sistema pueden ser receptadas desde diversos códigos de selección operativa, y por tanto afectar la constitución interna de más de un subsistema social. Por tanto, la *resonancia* causada por los subsistemas, no solo altera su integridad, sino que constituye una descarga hacia el sistema social en general. El juego retórico y de conceptualizaciones teóricas luhmaniano posibilita que en determinadas condiciones, su léxico se torne denso, por lo que su correcta significación depende en buena medida de la comprensión de la teoría sistémica por él planteada, tal cual lo señala el mismo autor así como sus principales seguidores. Para una clarificación de la terminología de la *sociedad sin hombres* es útil consultar el trabajo de Danilo Zolo, «El léxico de Luhmann», en *La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, *op. cit.*
66. La teoría de Luhmann tiene como antecedentes teóricos, además del funcional-estructuralismo de Parsons, a la teoría de sistemas, las teorías anglosajonas de la conducta colectiva (Olson, 1992), la también citada teoría de la cibernética, la teoría de juegos (Davis, 1971) y la sociología de la organización institucional.
67. Otro de los aportes al pensamiento luhmaniano –principalmente en lo relativo a los conceptos de autopoiesis y sistemas autorreferenciales– nace desde las teorías aplicadas a la biología por parte de Varela y Maturana, una de cuyas obras más citadas por Luhmann es, H.R.

nes son la piedra angular del ejercicio dinámico de movilización de los subsistemas sociales. En palabras del propio Luhmann, *la sociedad es comunicaciones y nada más que comunicaciones*,[63] ejemplificando de esta forma la trascendencia que se otorga al conjunto simbólico que éstas representan y su actividad de interpenetración en los subsistemas en base al *entorno*, la actividad del *sentido* y la gestión de los códigos binarios operantes en cada uno de ellos. Por tanto, la posición de Luhmann en este punto se halla orientada a considerar a la *comunicación* como un evento que trasciende la clausura del sistema síquico[64] y como síntesis de algo que va mas allá de una sola conciencia.

De allí que se considere que *la comunicación no se agota en la dimensión sociológica o individual*, pues la comprensión de la misma, desde esa perspectiva, se verifica tan solo cuando se produce la transmisión de información de un individuo hacia otro. Al rechazar la posibilidad de agotar la comunicación en la mera dimensión individual, la posición luhmaniana se opone también a afrontar a la misma en clave de acción y como *acción comunicativa*, presupuesto del que se genera la entrada teórica asumida por Jürgen Habermas (González, 1993).

De allí que, si para la *teoría crítica* el consenso es el resultado del intercambio racional comunicativo entre los sujetos y la definición de los intereses comunitarios marca la pauta de la legitimidad de las decisiones y de la elaboración de la normativa jurídica, en Luhmann el sistema político-adminis-

Maturana, *Erknnen. Die Organisation und Verkôrperung von Wirklichkeit*, Braunschweig, Vieweg, 1982. La presencia e influencia de los citados investigadores chilenos en Luhmann es continuamente invocada por sus obras.

68. Un análisis de la tensión suscitada entre Luhmann y Habermas lo podemos encontrar en Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.* O en «Discusión con Niklas Luhmann (1971): ¿Teoría sistémica de la sociedad o teoría crítica de la sociedad?», en Jürgen Habermas, *La lógica de las ciencias sociales*, *op. cit.* En este mismo contexto, parte del cuestionamiento de Luhmann a la teoría habermasiana lo tomo de Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, *op. cit.*, pp. 112-113. En fin, la confrontación entre los sociólogos alemanes se la puede traslucir del análisis de aquellas obras en las que declaran haber explicitado el mayor desarrollo de sus respectivas teorías: Niklas Luhmann, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, Alianza / Universidad Iberoamericana, 1991; y Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1989.
69. La idea de *progreso* en Luhmann parte de los presupuestos de la complejidad de los subsistemas y del entorno y de la capacidad de aprehensión de comunicaciones de parte de aquéllos a través del empleo de los códigos binarios. En este sentido, cuando un subsistema *reduce complejidad del entorno* mediante el mecanismo de la doble contingencia y la aprehensión en sí de comunicaciones, dicha actividad genera una «resonancia», tanto en el entorno como en los otros subsistemas, lo que produce una actividad de los subsistemas en búsqueda de autorreproducirse y autoobservarse a partir del movimiento generado en el ambiente. De allí la posibilidad de seguir generando complejidad en el sistema en general y en el entorno social, más aún si se considera que la factibilidad de reducir complejidad en el entor-

trativo dispone de instrumentos de integración y control que autolegitiman los procesos decisionales. Luego vendrá el álgido debate Habermas-Luhmann en torno a las posiciones teóricas asumidas por cada uno de ellos.

Así, el problema surgido por la *legitimación* en la escuela frankfurtiana (Offe, 1980) no es asumido en la teoría sistémica luhmaniana como una fuente de debate, por cuanto lo *legítimo* no es cuestión de consenso entre los ciudadanos, sino de generación autopoiética de parte del subsistema político, a partir de cuya variación se producirá una *resonancia*[65] posteriormente aprehensible desde los otros subsistemas. Por tanto, en Luhmann el intento de explicar la realidad parte de alinear los conceptos dados desde los sistemas integrados de la cibernética[66] y de las ciencias naturales[67] para aplicarlos a la lógica de las ciencias sociales, generando entonces un modelo *holístico* –aunque en la visión globalizada del entorno social se parecen ambos autores– en el que, a diferencia de Habermas, quien mantiene una pretensión de análisis en torno a la transformación social,[68] se conciba a la observación como un fin en sí mismo.[69]

Hasta ahora me he limitado a entregar una ligerísima panorámica de las principales *betas teóricas* asumidas por la visión sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann, con lo que espero haber satisfecho en algo mis propósitos y los que me mueven en la investigación: de un lado posibilitar una reordenación del debate en torno a los paradigmas del derecho penal; y de otro, ofrecer dentro de los círculos de la Academia ecuatoriana y –ojalá con algún ligero nivel de éxito– en el Foro y la Judicatura, una aproximación a uno de los pensadores sociales que mayor trascendencia ha adquirido a lo largo de los últimos cuarenta años. Explotar la riqueza de la propuesta luhmaniana, trasladarla al campo del derecho en su integridad y desafiar una realidad altamente

no a través de la asimilación de comunicaciones por parte de un subsistema no impide que otro u otros puedan «filtrar» hacia su interior la misma cadena comunicativa, dada la característica de cada uno de ellos de ser *cerrados y a la vez abiertos*.

70. En alguna medida los tratadistas del *funcionalismo jurídico* han pretendido dar una explicación al tema que nos ocupa a partir de considerar a la culpabilidad no solo en base a la caracterización personal del agente sino también sobre un eje transversal constituido por la función preventiva de la pena. Allí, la teoría de Roxin –bajo la perspectiva de la prevención especial de la pena– y la formulada por Günther Jakobs –que asume una prevención general positiva pero con un discreto mantenimiento de la persona como categoría esencial– son las más representativas; sin embargo, ambas se diluyen cuando pretenden reordenar los paradigmas establecidos alrededor de la teoría del delito y dejan intacta la teoría del sujeto, esencia misma de la posible reestructuración del derecho penal en cuanto a la imputación penal de las personas jurídicas se refiere.
71. Sobre la posición de Niklas Luhmann existe un debate en torno a establecer su alineamiento alrededor de las principales corrientes teóricas y fundamentalmente en torno a concebir o no su afianzamiento con la vertiente posmoderna. Existen comentaristas de la teoría de los sis-

compleja a partir de una explicación de los hechos sociales desde esa perspectiva, parecen ser retos difíciles de conseguir pero al menos sujetos de consideración y debate.

Estoy plenamente consciente que la teoría de los sistemas de Luhmann presenta grandes complejidades y resulta bastante densa en determinados pasajes de su abordaje, adicionalmente a aquello la dificultad lingüística aducida se complejiza aún más cuando el traslado desde la lengua materna de Luhmann hacia la nuestra puede generar distorsiones en el sentido mismo de las ideas y de la interpretación que *a posteriori* se otorga a la obra del maestro alemán; sin embargo, intentaré explicar la posibilidad de incriminar penalmente a las personas jurídicas a partir de las categorías de análisis que hemos visto en el párrafo que antecede y adaptando a la posición sistémica algunos de los principios de la *teoría de la prevención general positiva de las penas*. De allí parte entonces la explicación en cuanto a las categorías analíticas de *acción y culpabilidad* que son las que, posteriormente, desembocan en los principios o paradigmas del derecho penal clásico que impiden el reproche punible de las personas jurídicas.[70]

Desde mediados del siglo XX la crisis del sujeto individual embebió a toda la ciencia social de la época, la que a ultranza buscaba disuadir los efectos tenebrosos que se revelaban como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Algunos pensadores establecieron entonces que en los campos de concentración del ejército nazi habían sido enterrados, además de innumerables vidas –«culpables» tan solo de tener un origen racial distinto–, los principales ejes del sustento filosófico de la modernidad.

La centralidad de la razón humana y del sujeto pensante como autores de la historia, los grandes paradigmas, las ideologías y relatos, que daban sustento explicativo al sentido unidireccional de la racionalidad, parecían haber quedado de lado ante un panorama internacional en el que la búsqueda del equilibrio entre las ideas y la experiencia, la razón y la práctica, la diferencia-

temas luhmanianos que esbozan ciertas características que denotarían un cierto matiz posmoderno a esta concepción, básicamente a partir de la descentración del individuo respecto a la interacción social que propicia el surgimiento de la sociedad organizada. En lo personal, me aparto de dicha perspectiva, sobre todo por la fuerte influencia parsoniana hallada en la concepción luhmaniana del tejido societal. Al respecto existe un trabajo que enfoca la problemática citada en Fernando Vallespín, editor, *Historia de la teoría política*, tomo VI, Madrid, Alianza, 1995.

72. La crítica hacia Luhmann siempre se ha dirigido a tachar a su teoría como *deshumanizada* y apartada de la concepción trascendental del hombre en el contexto social. Sin embargo, creo que el hecho de considerar una nueva estructuración de los sistemas, en la que el subsistema del ser humano es parte del entorno y no goza de la absoluta centralidad antes expuesta por la modernidad no denota tampoco que se haya «subutilizado» la actividad humana en el progreso y mantenimiento del orden social.

ción (Bourdieu, 1980; Lyotard, 1986) –que ataca directamente a la noción de la uniformidad del racionalismo moderno– y la preferencia por lo fragmentario y fluido antes que la sumisión a la hegemonía de las grandes ideologías y estructuras, mostrarían los principales argumentos para desembocar en una traspolación de la noción de modernidad hacia una conceptualización más dinámica –en apariencia–, libre y sin ataduras conceptuales: el posmodernismo.[71]

Ante tal encrucijada, *la crisis del sujeto* es resuelta en buena medida por los autores que hemos analizado en el presente capítulo; por un lado, Habermas da un giro a la noción del individuo y propone una *forma intersubjetiva*, constituida pluralmente como base de la transformación de la sociedad moderna sumida en el *capitalismo tardío* sentenciado por el último representante de la *teoría crítica*: dicha construcción es la *acción comunicativa* a la que hemos dedicado ya parte de nuestro análisis; y, de otro lado, está Luhmann con su teoría sistémica, en la que se orienta la dinámica de la sociedad hacia un proceso de autodescripción y autoconocimiento de los diversos subsistemas sociales –entre los que el síquico pertenece al ser humano– como eje para alcanzar el orden y la estabilización del sistema social.[72]

Retomando la explicación que me propongo, señalo en primera instancia los lineamientos que me permiten arribar a las conclusiones finales de este capítulo –que en buena medida es el corazón de las reflexiones constantes en el presente trabajo–. En primer lugar, el debate no tiene por objeto cuestionar las categorías dogmáticas establecidas en la teoría general del delito, sino mas bien el abordaje está dado sobre la crítica de los principios de la *teoría del sujeto del derecho penal*. Allí me concentro para reconceptualizar la noción de sujeto y solo posteriormente efectuaré una reflexión sobre la validez de los paradigmas de la *acción* y la *culpabilidad* que dan lugar al *societas delinquere non potest*. Colateralmente, y como he indicado, recurro a la teoría de la *prevención general positiva* como medio para explicar la búsqueda del *orden* a través de la vigencia de la norma y de la identificación del subsiste-

73. En este sentido, el principio de personalidad de las penas carecería de autonomía y su recurrencia como una de las bases para negar la incriminación de las personas jurídicas perdería sustento. En efecto, las argumentaciones contrarias a la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica y que señalan que el *principio de personalidad de las penas*, dado por la acción del sujeto, y el *principio de culpabilidad*, son los que impide que persona distinta al autor de las acciones sufra las consecuencias del cometimiento del hecho incriminoso, pueden ser restringidas a una sola oposición: la nacida del segundo de los principios pues, el primero como tal no sería más que la consecuencia de aquél. Así, si el *principio de culpabilidad* puede ser redefinido al tenor de la fundamentación dada a la institución jurídica de la representación –y que será desarrollada más adelante– y de la propia visión luhmaniana, entonces su subsidiario, el de la personalidad de las penas, seguirá el hilo conductor de su ori-

ma jurídico –así como del sistema social en general– con el contenido de las disposiciones legales.

Entrando en detalle, hay que resaltar que en la visión luhmaniana del sistema social la *universalidad* de los tejidos se halla compuesta *no por acciones individuales sino por comunicaciones*, las que pueden ser *imputables como acción;*[73] así, no nos enfrentamos a la cadena de acciones individuales weberianas sino a sucesos omniabarcadores –la complejidad luhmaniana– de la sociedad que se decantan a través de los medios operacionales dados por los códigos binarios que posee cada subsistema en particular.

De lo dicho obtengo dos ideas centrales: i) el sistema social en general y los subsistemas en particular se describen como autopoiéticos, cerrados y de generación autoobservada y autorreproducida; y, ii) las *comunicaciones* –no los seres humanos– son el motor operacional y la base misma de composición y dinámica de los tejidos societales. Tales premisas sirven entonces, dentro del análisis aplicado al derecho penal, para argumentar que la que la acción como tal y la culpabilidad como antecedente generador de aquélla son conceptos susceptibles de reformulación y readaptación a partir de la nueva concepción de la teoría del sujeto que se podría elaborar. De allí en más, la entrada teórica planteada será coincidente en afirmar que son *las comunicaciones los nuevos centros de imputación penal*, sin que interese si tienen como emisor a una persona natural o jurídica.

Si enfrentamos una estructuración de sistemas síquicos –dados en la subjetividad del ser humano– y sistemas sociales –a través del juego de la *complejidad* y *reducción de contingencia* desde el *entorno*–, la concepción

ginario. Al respecto, una justificación a la incriminación penal de los entes colectivos bajo la misma entrada teórica aquí analizada se la puede hallar en Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosh S.A., 1998.

74. La categoría de *comunicación deficiente* ha sido abordada por el funcionalismo jurídico representado por Jakobs a partir de una entrada teórica sistémica luhmaniana; sin embargo, al momento de encarar el tema de la culpabilidad esta corriente mantiene como referente material a la persona natural, por la vía de la responsabilidad individual y los derechos y obligaciones que de esta emanan. En torno a los posicionamientos del funcionalismo jurídico y de otras posiciones teóricas en torno a la discusión de la imputabilidad penal de las personas jurídicas existe una aproximación interesante en Silvina Bacigalupo, «La problemática del sujeto en el derecho penal», en revista *Alegatos*, No. 40, México, Universidad Autónoma de México-Azcaptpotzalco, 1998, pp. 481-487.

75. La construcción teórica de Niklas Luhmann en torno al subsistema jurídico, su programación, autorreproducción y las posibilidades de, a partir de tal argumentación, arribar a las conclusiones pretendidas en torno a la validez de la imputación de hechos delictivos a las personas jurídicas, la encontramos en Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*. Este texto tiene una traducción aún no autorizada del original alemán «Das Recht der Gesellschaft», Frankfurt, Suhrkamp, 1998 y cuya edición al español está en proceso de edición. Por tanto, el documento referido no se trata de una versión definitiva de la obra mencionada. Por la ob-

del sujeto como tal en el derecho penal no podría abarcar tan solo a la persona natural como agente susceptible de incriminación punible, sino que la posibilidad de extender la precitada responsabilidad también hacia los entes colectivos seria plenamente factible. Así, en el subsistema jurídico el proceso de autodescripción interna y externa propone la elaboración de textos –pudiendo leerse tal acepción como normas– que serán las premisas que utilizará el subsistema en una comunicación subsecuente con el *entorno*, y que constituyen la representación de la unidad, la función, autonomía y a la vez la indiferencia de este subsistema frente al ambiente.

En este ejercicio autorreferido del subsistema jurídico el delito constituye una contradicción a los textos elaborados, por lo que la comunicación que este suceso –el delito– transmite es *defectuosa* y de allí que, para mantener la estabilidad interna del subsistema, se requiera la imposición de la *pena* como respuesta hacia el *entorno*, confirmando así la vigencia, legitimidad y legalidad del texto. Bajo la misma lógica autopoiética, la readaptación que produce la imposición de la *pena* se da también hacia el fuero interno del proceso de autoobservación y autodescripción del subsistema jurídico, ratificando la capacidad de reproducción autónoma del mismo e impidiendo, de otro lado, su saturación.

Del proceso reseñado se puede inferir entonces que, si son las *comunicaciones* las que se adaptan o contradicen la generación normativa del subsistema jurídico, y las mismas son imputables *per se*, es indiferente si el medio a través del que se exteriorizan y son aprehendidas por el código binario jurídico (legal / ilegal) proviene del subsistema síquico –en el que se encuentra el ser humano– o tienen su procedencia en alguno de los otros subsistemas agrupados alrededor del entramado social –como el económico, por ejemplo–. Luego, frente a la readaptación del *entorno* y a la *reducción de complejidad* por parte del subsistema jurídico ante la presencia de una comunicación deficiente[74] –como es el cometimiento del hecho delictivo–, la posibilidad de res-

tención del mismo, aún sin circulación en el mercado, agradezco al profesor Günther Aschemann, catedrático invitado del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

76. La crítica se suscita cuando de transferir la *teoría de la representación* del campo civil y mercantil a la esfera de lo penal se trata. Allí vuelve a surgir el principio de la personalidad de las penas y del carácter público del derecho penal; sin embargo, tal cual mencioné en líneas precedentes, el principio de personalidad de las penas no es más que accesorio al de culpabilidad, respecto al que ya se señaló la salida teórica, mientras que en lo que hace referencia al carácter público del derecho penal la objeción se da en torno a la obligatoriedad de las leyes. En ese caso la oposición nuestra radica en considerar al contrato social de la persona jurídica precisamente como el medio que plasma la voluntad de los contratantes y por tanto da viabilidad a la responsabilidad del representado –persona jurídica– respecto de la actuación del representante –persona natural–.

puesta no opera tan solo contra el individuo, que ha dejado de ser el eje del sistema social, sino que enfrenta un panorama más amplio de posibles receptores, entre los que consideramos a las comunicaciones provenientes de la empresa y de los agentes económicos.[75]

Sin embargo de lo expuesto, siempre existirá la posibilidad de que se señale el inconveniente de trasladar la acción de la persona natural que actúa en representación de la persona jurídica a ésta, más aún en el caso del cometimiento de hechos delictivos. En este plano, a través de la institución jurídica de la *representación*, propia del derecho civil y comercial, se efectúa una traspolación a la esfera de lo penal en el siguiente modelo: la imputación al mandante (en este caso la persona jurídica) de los actos realizados por el mandatario (el representante legal o quien disponga de capacidad de decisión sobre determinados actos relevantes) halla su sustento en la *autonomía de la voluntad*. Así, dado que el mandante se obliga *por sí mismo* a aceptar los actos y decisiones que en su nombre tome el mandatario, entonces tal ejercicio volitivo es suficiente para proceder al juicio de atribuibilidad de aquél sobre los negocios jurídicos efectuados.

Aún más, es la propia ley la que genera otra fuente de imputación sobre el mandante, siendo viable la convivencia de las dos, la generada desde la voluntad y la originada en la norma jurídica, a efectos de armonizar la responsabilidad autónoma de los entes colectivos. Así, la representación se da por dos vías: tanto por el propio momento decisorio del mandante como por la descripción normativa expuesta en la ley.[76]

En este tema restaría tan solo por delinear, y eso es problema de política legislativa y criminal, los criterios para establecer tanto las personas jurídicas –o simplemente los entes colectivos– que serian sujetas de incriminación, así como los niveles de representación de los individuos que darían lu-

77. La perspectiva planteada en torno al alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas si bien no es el centro mismo de la presente investigación, que pretende mantener su nivel teórico por encima de aquélla, era necesaria apuntarla pues de esta manera se engarzan los conceptos hasta cierto nivel abstractos antes esbozados con la ejecución empírica de los mismos. El estudio profundo respecto a este tema ha concitado la atención alrededor de veinte años atrás en los principales tratadistas europeos, y entre los de habla hispana, Silvina Bacigalupo y Miguel Bajo Fernández son dos de los exponentes más cotizados. Al respecto vuelvo a insistir en la obra de Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit.*
78. Desde esta perspectiva, la oposición al otorgamiento de responsabilidades penales a la persona jurídica bajo la simplista expresión de que es imposible –por no decir otra cosa– arrojar tras los barrotes de una celda a la empresa o a la persona jurídica en general queda sin sustento. La visión omniabarcadora de la realidad social que plantea la teoría luhmaniana permite realizar este tipo de aplicaciones específicas sobre determinados hechos que se sus-

gar al reproche estatal en contra de aquéllas. Diríamos, en principio, que las comunicaciones provenientes de las personas de derecho privado que realicen negocios jurídicos, e incluso las de derecho público con objetivos empresariales, serían consideradas dentro de los posibles centros de imputación.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los niveles de representación de los individuos, no bastaría con circunscribir la responsabilidad de las personas jurídicas a aquellos que ejercen su representación legal, sino que convendría ampliar dicha perspectiva hacia quienes de hecho ejercen actividades decisorias en la vida institucional de aquéllas, aún desde la capacidad de gestión limitada a unidades operativas de la empresa.[77] No obstante, la posibilidad de la *doble incriminación*, en el sentido de procesar penalmente tanto al ente jurídico como a su gestor material, es tema de otra discusión, no menos acalorada.

Si bien he esbozado ya el sustento teórico que desde una perspectiva sistémica permitiría renovar la categoría de análisis del sujeto en el derecho penal, quedaría por mencionar algunas ideas en torno a la recurrencia a la teoría de la *prevención general positiva*, pues a partir de aquella se explica como el subsistema jurídico satisface la plena vigencia de la norma y garantiza además la plena identidad tanto de sí mismo como del sistema social *latu sensu*. De allí que la perpetua búsqueda del *orden social* a través del diseño de sistemas cerrados y autorreferidos encuentre en la *pena* el sustento del proceso de autoobservación y autodescripción del subsistema jurídico, a la par de servir como mecanismo para *generar identidad normativa en todos los subsistemas sociales*.

Con la noción de *prevención general positiva*, la orientación de la *pena* no se dirige hacia el reproche del individuo ni tampoco desempeña un papel re-orientativo de la conducta antisocial del agente incriminoso, sino que su función, en el encuadre sistémico propuesto, gira en torno a *mantener la vigencia del texto legal y confirmar la autodescripción normativa del sistema socia*l, que se halla regulada desde el subsistema jurídico.

De esta manera, tanto la posición de las *teorías absolutas* como de aquellas de la *prevención especial* que pretenden –ahora superficialmente– oponerse a la incriminación de las personas jurídicas bajo la bandera de la imposibilidad de que éstas sean susceptibles del reproche estatal y del proceso

citan al interior de los tejidos sociales. La ductilidad de los enunciados teóricos de Luhmann a procesos particulares es quizás una de las mayores vertientes de riqueza analítica halladas en la obra del sociólogo alemán.

79. Sobre los mecanismos que tiene el sistema para reunificarse y aquellos propios de cada subsistema, bajo la perspectiva de la autopoiesis y autorreferencia de cada uno de ellos, existe un desarrollo extenso en Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Buenos Aires, Paidós, 1990. En la misma línea de reflexión, y respecto a la conformación de los

de readaptación a los valores societales establecidos,[78] se hallan desvanecidas, al posibilitarse una conceptualización de la respuesta estatal ante el cometimiento de un hecho delictivo bajo una perspectiva holística, reunificadora y orientada hacia la armonización del sistema social en su integridad.[79]

subsistemas y su conversión cuando han sido alterados desde el entorno o desde su propia interioridad, ver Niklas Luhmann, *La ciencia de la sociedad*, México, Anthropos Editorial del Hombre, 1990.

Capítulo segundo

Hacia la imputabilidad penal de la persona jurídica. Análisis de las constituciones políticas, códigos penales y disposiciones normativas relacionadas de los países de la Comunidad Andina de Naciones

La intencionalidad del presente trabajo es entregar una visión teórica que permita elucubrar alrededor de las salidas posibles a la problemática suscitada con relación a la actuación de la persona jurídica dentro de la relación jurídico-penal que puede derivarse del cometimiento de hechos delictivos por parte de quienes representan sus órganos de administración. En ese sentido, el capítulo anterior, y fundamentalmente el acápite destinado a la sociología del derecho de Niklas Luhmann, presentan al lector un conjunto de herramientas teóricas –a las que me adscribo– que buscan dar una respuesta jurídica a la pregunta planteada como eje de la investigación realizada. Por otro lado, la argumentación dada ofrece una perspectiva moderna, dinámica y acorde con sociedades altamente complejizadas, a partir de la función, desarrollo y progreso de los sistemas societales de inicios del siglo XXI.

Entrando en materia, en el presente capítulo ofrezco una descripción de la situación actual de la normativa legal relacionada al tema en discusión, tanto en el Ecuador como en los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones.[1] Luego esbozo ligeramente la elaboración normativa en torno a la imputabilidad penal de las personas jurídicas en las repúblicas de España y Francia como referentes de análisis europeo, y prescindo de la discusión quizás más fuerte, que es la suscitada en la Alemania de los últimos treinta años

1. La referencia a las disposiciones normativas de los países de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se la efectúa no solo por la trascendencia en el análisis teorético que este segmento del continente requiere, sino también como una vía de interrelación entre los actores constitutivos de uno de los bloques con menor desarrollo y prestancia en el concierto de las relaciones internacionales. Aquello, la circularidad que en torno al tema tratado parece avizorarse entre todos los integrantes de la CAN y el necesario tributo que de esta forma se otorga a la orientación académica generada desde la Universidad Andina Simón Bolívar, en su afán de alcanzar una región sólida, con perspectivas comunes y políticas orientadas hacia el desarrollo, han sido los móviles del presente capítulo.
2. Como he mencionado, en esta parte del trabajo no detendré mayormente mi atención sobre la discusión de *la letra muerta de la ley*, pues aquélla es propia de la anquilosada propuesta

porque dos de sus más trascendentales exponentes –Habermas y Luhmann– han sido abordados en el capítulo anterior.

Por tanto, las líneas que siguen consideran el *estado del arte* en el Ecuador y en algunas otras circunscripciones territoriales simplemente como un eje alternativo de debate, el que debe ser requerido tan solo de forma tangencial a la esencia misma de la propuesta realizada y que *in extensu* he intentado demostrar. De allí que el presente espacio analítico no aborde de manera detenida ni los cuerpos legales ni las disposiciones normativas que ellos contienen, pues hacerlo llevaría todo un proyecto investigativo que desborda los alcances de esta propuesta y se acerca mas bien al análisis descriptivo de fuentes legales (normas, códigos y disposiciones) del que, precisamente, pretendo huir en dirección a la *densidad* de lo teórico y conceptual.[2]

1. LA POSIBILIDAD DE SANCIONAR PENALMENTE A LA PERSONA JURÍDICA EN EL ECUADOR. LOS ARTÍCULOS 87 Y 92 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA COMO ELEMENTOS DE DISCUSIÓN Y DEBATE

Cuando revisamos la Constitución Política del Ecuador (Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998) encontramos dos disposiciones que son la base de discusión en torno a la posibilidad de hallar salidas al otorgamiento de responsabilidad penal a la persona jurídica; por un lado, el artículo ochenta y siete (87), ubicado en la sección segunda «Del medio ambiente», del capítulo cinco (5) «De los derechos colectivos» del citado cuerpo constitucional; y, de otro lado, el artículo noventa y dos (92), correspondiente a la sección tercera «De los consumidores» y descrito dentro del capítulo antes referido de la Carta Fundamental ecuatoriana. Dichas disposiciones nos servirán, por tanto, para engarzar sus respectivos contenidos con otros cuerpos legales con las que hallan cabal concordancia, como son la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y el conjunto de enunciados normativos secundarios relacionados a los delitos ecológicos y la tutela del bien jurídico «medio ambiente»,[3]

exegética de interpretación del derecho ahora superada en buena medida, aunque no en el Ecuador. Si de conseguir un análisis pormenorizado e interpretativo, palabra por palabra, y en base a una descripción lingüística pormenorizada, nuestras librerías jurídicas se encuentran a atiborradas de tales trabajos y recopilaciones de aquellos a los que he llamado los *seudo semiólogos del derecho*, con el permiso de la Semiología y sus cultores (Roland Barthés, John Berger, entre otros), cuyos avances científicos han entregado antecedentes trascendentales en las líneas teóricas del análisis social contemporáneo.

respecto al que no me centro en ningún cuerpo jurídico en específico dada la amplitud de legislación existente.

Disposiciones legales polémicas:
la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador (Suplemento al Registro Oficial No. 116 del 10 de julio de 2000) halla su fundamento en el artículo noventa y dos de la Constitución Política del Estado, el mismo que dispone que la ley, en este caso la Orgánica de Defensa del Consumidor, regulará las relaciones entre consumidores y proveedores de bienes y servicios, a efectos de que se cumpla con objetivos relacionados al control de calidad, procedimientos de defensa del consumidor, reparación de daños y perjuicios y resarcimientos pecuniarios a propósito de la suspensión de servicios públicos. Para el efecto, el segundo parágrafo de la norma invocada señala que «*Las personas* que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, *serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio*, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de la etiqueta…»[4] (las cursivas son mías).

A simple vista la disposición citada parece dejar abierta la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica, al no hacer distinción entre éstas y las de carácter natural, limitándose a mencionar «Las personas …». En el mismo sentido, el artículo dos (2) de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, contentivo de una serie de definiciones de uso frecuente en la misma, al referirse a proveedores de bienes y servicios, distribuidores y comerciantes, productores o fabricantes, importadores y prestadores, menciona expresamente que el alcance de tales nociones encierra a personas naturales y jurídicas, por lo que, hasta este punto, no se observa contradicción alguna entre las disposiciones mencionadas, la constitucional y la legal, por lo que el

3. Me refiero fundamentalmente a los *derechos difusos* o de tercera generación, en los que la tutela estatal se dirige hacia determinados objetos o negocios jurídicos en los que no existe una distinción específica respecto a los agentes titulares de la facultad. En este sentido, los derechos difusos buscan la protección normativa sobre determinados bienes que, por sus connotaciones, es difícil atribuir una identidad de agraviados cuando se suscita la violación de los mismos.
4. Cito al artículo 92 de la Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998. En el tercer párrafo de la disposición constitucional mencionada se establece, además, la responsabilidad civil por indemnización de daños y perjuicios a las entidades estatales que presten servicios públicos deficientes.

juicio de atribuibilidad (Zavala, 1990) en contra de la persona jurídica parecería razonable.

Sin embargo, cuando nos dirigimos hacia el capítulo XIII «Infracciones y Sanciones» de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, el panorama parece cambiar bruscamente: el conjunto de infracciones catalogadas y descritas en las normas constantes a partir del artículo setenta (70) del cuerpo legal citado establecen una serie de sanciones pecuniarias –multas fundamentalmente– y otras relativas a comiso de bienes, suspensión de actividades –clausura– o de publicidad y resarcimiento de los daños y perjuicios pecuniarios causados por el proveedor de los bienes y/o servicios ofertados al consumidor, pero que denotarían *no ser de carácter penal*, sino tan solo medidas de seguridad o afianzamiento (Trujillo Arango, 1990), propias de las regulaciones que impone el estado dentro de un orden de intervención dado por la economía social de mercado, a la que se refiere el artículo doscientos cuarenta y cuatro (244) numeral octavo de la Carta Fundamental del Ecuador.[5]

5. El artículo doscientos cuarenta y cuatro (244) de la Constitución Política del Ecuador señala: «Dentro del sistema de economía social de mercado, al estado le corresponderá: … 8) Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la infracción fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad».
6. Es el caso de los artículos setenta y seis y setenta y siete (76-77) de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, los que refieren sanciones pecuniarias y de carácter administrativo, pero invocando expresamente que las mismas no dejan cerrada la posibilidad de iniciar otro tipo de acciones –civiles o penales– que resarzan los derechos y bienes jurídicos lesionados a los consumidores. En este plano, la ilusión de considerar a la ley en discusión como un referente en la esfera de lo penal parece esfumarse.
7. Como había citado en las primeras reflexiones del presente trabajo, el mercado debe ser considerado como una institución en la que se desarrollan las fuerzas que le son inmanentes a su dinámica y lógicas propias. Sin embargo, partir de una visión en la que se divorcie la actividad del aparato estatal de la ejercida por el mercado es segmentada y conduce a una interpretación errónea de la función ética del estado y de la secuencialidad que con respecto a éste mantiene el mercado. En este sentido, el andamiaje público representado en el estado es siempre una institución ética, con deberes de respuesta efectiva frente a los requerimientos de los asociados y con funciones regulatorias frente al mercado, que nace como una institución integrante de aquél. Por tanto, si decimos que el mercado es una derivación del estado, y de allí sometido siempre a su control, podemos decir también que una de las características primigenias del mercado es su carácter ético frente a las relaciones con la esfera pública –de la que es parte– como con los particulares. Una lectura sostenida y realmente analítica de *La riqueza de las naciones* de Adam Smith nos lleva a concluir en las afirmaciones mencionadas y a avizorar su real intencionalidad al publicar dicha obra: entregar una teoría de ética y moral pública, más que un tratado de economía en sí mismo. En similar dirección Smith propone posteriormente «La teoría de los sentimientos morales» donde ahonda su convicción de la eticidad y moralidad que envuelve al mercado y a las relaciones de oferta y demanda. De otro lado, si erróneamente se considera –como lo hacen incluso algunos académicos– que el mercado debe estar orientado por la mal interpretada premisa del «*dejar ha-*

Nos situaríamos entonces frente al *derecho administrativo sancionador*, como se conocen en legislaciones europeas, y fundamentalmente en la española, a estas formas de respuesta estatal frente a incorrecciones en el convivir del mercado y sus agentes económicos. Allí existiría ya un argumento para dudar respecto a la naturaleza de las sanciones establecidas en el cuerpo normativo al que he hecho referencia.

En este sentido, cuando varias de las disposiciones constantes en el capítulo XIII de la ley orgánica mencionada señalan que las sanciones ya citadas –multas, comisos, clausuras, etc.– deben ser impuestas a los infractores –en ese caso si, sin lugar a dudas personas naturales o jurídicas–, a la par reducen la posibilidad de que aquellas tengan naturaleza penal al señalar, «… sin perjuicio de las demás acciones a las que hubiere lugar».[6] En todo caso, la pregunta debería iniciar por allí, al cuestionar si la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor es realmente un cuerpo legal de naturaleza penal o si, como medio regulador de *imperfecciones o fallos del mercado* tales como información incompleta de los oferentes o publicidad engañosa, limita su ámbito de competencia a la esfera administrativa y a la tutela de la institucionalidad pública del *mercado.*[7]

El hecho de que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor señale como *infracciones* a las conductas en ella explicitadas como ilícitas no seria suficiente argumento para catalogar a las mismas como sujetas a la esfera de lo penal (Leguizamón, 2000), sino que, por el contrario, el mismo contexto de las descripciones denota un direccionismo, *a posteriori* de la sanción pecuniaria o de intervención sobre el giro del negocio jurídico que ha incurrido en la falta, hacia la posibilidad de que la conducta mencionada pueda ser *también*

cer, dejar pasar», la ausencia de autorreferencia y proceso de autodescripción de las fuerzas del mercado lo conducirían a un colapso irremediable. La «mano invisible» smithiana, en este contexto debe ser, y de hecho así está diseñada, como la *más tangible expresión de la actividad ética del estado*, tal cual lo ha señalado en buena medida también Joseph Stiglitz, ex vicepresidente del Banco Mundial.

8. Las sanciones a las que se refiere el articulado ligeramente mencionado de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor son consideradas, por el contexto en el que se presentan, como respuestas estatales correspondientes al *derecho administrativo sancionador*. Al respecto, una corriente teórica que critica dicha categorización en base a la reformulación de la teoría de la representación en materia penal es la presentada en Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*
9. En relación a la capacidad de administrar justicia en materia de derechos del consumidor otorgada por la ley de la materia a los jueces de contravenciones –que dicho sea de paso no existen pese a que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor está cercana a tener tres años de vigencia– es necesario acotar que allí se podría vislumbrar una cierta intencionalidad hacia la esfera de lo punitivo de las sanciones inmersas en dicho cuerpo normativo cuando se prescribe que los medios impugnatorios, como el recurso de apelación, se los sustancie en segunda instancia ante uno de los jueces de lo penal; o que las vías para dar inicio a las cau-

sujeta de reproche en la esfera de lo penal; caso en el que la remisión hacia el código sustantivo penal ordinario resultaría la conclusión más elocuente. Al menos desde esa perspectiva se pueden analizar aquellas conductas dañosas de los derechos de los consumidores en las que se encuentra inserta la expresión, «*… sin perjuicio de las demás acciones a las que hubiere lugar*»[8] (las cursivas son mías).

En la orilla opuesta hallamos el criterio discrepante a la interpretación antes mencionada, y que señala que si la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor describe conductas dañosas a un bien jurídico determinado, como es el interés del consumidor y del orden económico en general, y además provee de jurisdicción especialísima a los *jueces de contravenciones*[9] –artículo ochenta y cuatro (84) de la ley citada– para que sustancien y resuelvan las controversias nacidas del contenido del cuerpo normativo en análisis, aplicando respuestas estatales –*penas*– consideradas como eminentemente de orden punitivo, dada la tipicidad envuelta en las conductas allí descritas; entonces la inferencia lógica conduciría pensar en la naturaleza penal de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y como corolario de aquello, dado que no hace distinciones entre personas naturales o jurídicas, el proceso persecutorio estatal frente a los infractores de dichos tipos penales incriminaría por igual a la empresa o al ser humano provisto de conciencia y voluntad. Allí la discusión parecería concluir.

Manteniendo el hilo conductor imaginado en la reflexión precedente, en el Ecuador, en conformidad con las disposiciones constantes en el artículo noventa y dos (92) de su Constitución Política en armonía con las normas contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, las *personas jurídicas podrían ser sujeto de incriminación de la relación jurídico-penal* a propósito del cometimiento de hechos delictivos que, inscritos en el catálogo punible especialísimo de la ley mencionada, afectarían bienes jurídicos *difusos* (Troya, 2000) –los de los consumidores y los referidos al orden económico– tutelados constitucional y legalmente. A simple vista parece una deducción fuerte y sustentada, pero su análisis nos remonta a una discusión mucho más amplia y compleja, frente a la que simplemente pretendo dejar las bases para su argumentación y debate.

De otro lado, si bien la naturaleza de las disposiciones constantes en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no son claras respecto a su orientación dentro de las distintas órbitas de tuición del derecho, si es necesario señalar que, en un mundo compuesto de sociedades altamente complejizadas, en las que los medios de comunicación y la tecnología son los ejes del progreso y desarrollo, la consideración de las relaciones entre proveedores y consumidores, hablando en términos *latos*, es cada día más difícil de imaginar bajo una perspectiva en la que los primeros se limiten a ejercer sus

actividades comerciales y mercantiles bajo la figura individual de su propia corporeidad. La dinámica y lógica propia del mercado y de las fuerzas que en él interactúan, obligan a la conformación de organizaciones –locales o transnacionales– que sean las portavoces de las demandas suscitadas desde los distintos sectores de la sociedad y por tanto empujan a que sean los entes colectivos quienes mantengan la estelaridad en las relaciones sociales y mercantiles de la época.

De allí que si la ley en mención pretende proteger el desarrollo armónico de *la institucionalidad del mercado*, su orientación debe ser fundamentalmente corporativa, y dentro de ella el acercamiento hacia la sanción a *conductas dañosas* de parte de los agentes económicos es imprescindible. Por tanto, si la búsqueda del orden social a través del subsistema jurídico pretende diseñar un conjunto normativo en el que la eticidad del mercado sea respetada y vigilada, y sus posibles transgresores constituyen, en buena medida, corporaciones y personas jurídicas, podría nuevamente arribarse al criterio de que la orientación de la política criminal nacida del aparato estatal, en este caso, conduzca a pensar en una Ley Orgánica de Defensa del Consumidor con connotaciones sancionadoras, punibles y enmarcadas en la esfera del derecho sustantivo –adjetivo en determinadas casuísticas– penal. Sin embargo, no dejo de pensar que tanto ésta como la anterior argumentación son forzadas y fácilmente rebatibles en el juego de la discursividad jurídica y sociológica.

Para concluir, hablar de un derecho protector de los consumidores que reduzca su actividad a la sanción administrativa –como me parece es el caso de la ley de la materia ecuatoriana– dirigida a las empresas generadoras de bienes o servicios y renuncie a la posibilidad de imponer *penas* de orden penal a las mismas, bajo la tantas veces citada premisa del «*societas delinquere non potest*», conllevaría en espacios de temporalidad restringidos a la *saturación* tanto del sistema económico como del sistema administrativo estatal, y por ende al colapso –por *resonancia* para utilizar un término luhmaniano– del

sas sean aquellas contempladas en el código de procedimiento penal ordinario: denuncia, acusación particular (ahora limitada a su interposición a posteriori de la resolución de instrucción fiscal) o excitativa fiscal. Sin embargo, aquellos no son argumentos suficientes, como tampoco lo son los esgrimidos en el sentido contrario, para determinar la real dirección que se pretendió otorgar a la ley en mención. Abundantes contradicciones existentes en el texto del cuerpo legal citado denotan que el trabajo por iniciarse en esta materia es amplio y estas ligeras reflexiones tan solo buscan contribuir a que las inquietudes se ahonden, la discusión se difunda y, en fin, se enriquezca en fin nuestro derecho, tan venido a menos y limitado a la recurrencia a la ley como mero mecanismo de solución de controversias entre los

sistema jurídico, incapaz de controlar los altos niveles de complejidad dados en el entorno social y contentivos de *comunicaciones defectusosas*[10] que alteran el orden, la estabilidad y la propia naturaleza autopoiética de los subsistemas sociales. La necesidad de *reducir complejidad* por parte del subsistema jurídico, independientemente del origen o procedencia de las *comunicaciones defectuosas o dañosas* e independientemente también de las vías en las que éstas sean expulsadas al *ambiente* justifican la intervención punible del subsistema jurídico, incriminando y sancionando, sea a la persona natural, sea a la entidad colectiva.

La protección del medio ambiente y los derechos difusos. Naturaleza de las infracciones y respuesta estatal

En materia medio ambiental, la disposición constante en el artículo ochenta y siete (87) de la Constitución Política del Ecuador parece ser más solvente y clara que la referida con anterioridad en relación a la protección de los derechos de los consumidores. Aquí la norma señala expresamente que será la ley la encargada de regular y establecer las responsabilidades administrativas, civiles y penales, que correspondan a *las personas naturales o jurídicas* –nacionales o extranjeras– por acciones u omisiones en contra de normas de protección al medio ambiente. Luego, la posibilidad de incriminar penalmente a la empresa, desde la perspectiva de los temas ecológicos al menos, parece abierta y sin mayores posibilidades de oposición al respecto. Describi-

individuos, dejando de lado la teorización que debe estar transversalmente articulando los criterios jurídicos, tanto en el Foro como en la Judicatura.

10. Bajo la perspectiva de análisis sistémica que se ha venido utilizando, en el ámbito del derecho del consumidor las *comunicaciones defectuosas*, por citar un ejemplo, serían aquellas relacionadas con la información defectuosa o la publicidad que tiende a infundir error o confusión el consumidor. En este contexto, la emisión de *comunicaciones* bajo esas características al entorno social torna necesario que el subsistema jurídico aprehenda las mismas, las decante y entregue una respuesta depurada –otra comunicación en forma de reproche penal– por medio de la que se genere el orden social, que es el orden de la normativa jurídica como tal. Así, si la gran mayoría de comunicaciones defectuosas en materia de consumidores parten de entes colectivos, la dinámica del sistema social impone que sean las empresas las receptoras de las sanciones punibles.
11. Si bien en cuanto a las conceptualizaciones en torno al medio ambiente parece no existir discrepancias mayores, si se da una fuerte oposición de ideas en cuanto a la naturaleza en sí misma de la protección penal; vale decir, para algunos tratadistas el medio ambiente es un bien jurídico sujeto a tuición estatal *per se* al gozar de intereses autónomos e independientes de la actividad del hombre; mientras que en la otra posición están quienes, desde una orientación propia de la filosofía de Ortega y Gasset y de los antropocentristas, señalan al cuidado del medio ambiente a partir de los altísimos niveles de interconexión que la protección de éste generan a la vida humana, la que en definitiva es la carga valorativa que impulsa a la descrip-

ré a continuación, entonces, una ligera fundamentación en torno a la imputabilidad penal de las personas jurídicas dentro del ámbito de los delitos ambientales.

En la materia analizada, el bien jurídico tutelado penalmente parece no admitir mayor discusión; en principio, el medio ambiente –entendido como el *entorno natural* y el *entorno creado* por el ser humano– siendo el ámbito global dentro del cual viven, conviven y actúan elementos naturales y artificiales que condicionan la vida del hombre (Mires, 1996), el que a su vez se desarrolla en aquél espacio (Haeckel, 1990),[11] es el objeto alrededor del que la política criminal estatal diseña sus estrategias de tuición y sobre todo de prevención, al tratarse de conductas consideradas como *delitos de peligro* (Fontán Balestra, 1972) en buena parte de los casos.

En esta línea de reflexión, si la política criminal diseñada por el estado parte de la protección que se debe dar a un bien jurídico que es difuso (Alier, 1996), cuya afectación por tanto es inherente a la colectividad *in abstractum* –e inclusive hay quienes piensan que es la humanidad *latu sensu* la víctima del hecho ilícito (Escobar, 1993)–, el problema surge en torno a establecer cuál o cuáles son los agentes activos del hecho delictivo. En cuanto a los que son identificables con facilidad, las personas naturales, el proceso de compaginación de *acción* y respuesta estatal a través de la *pena* es innegable y la discusión se limita a consideraciones de carácter sociológico-jurídico en cuanto hacen relación a la necesidad de niveles de seguridad, estabilidad económica y bienestar social que el aparato estatal debe otorgar como requisitos *sine qua non* para que los individuos tutelen el espacio (Libster, 1993) y el ecosistema en el que se desenvuelven.[12]

El conflicto radica entonces en la determinación de responsabilidades cuando la acciones u omisiones punibles han sido realizadas por empresas o personas jurídicas en las que la impunidad de la individualización de la pena podría conllevar no solo a la destrucción de los ecosistemas (Goodland, 1994), sino además al colapso de las estructuras sociales y sus redes de interacción.

A diferencia de las connotaciones previas que se deben observar en la configuración socio-económica del sujeto activo de delitos ecológicos cuando aquél es una persona natural; es decir, la observancia de la provisión de *bienestar social* básico por parte del estado para el desenvolvimiento del sujeto; en el caso del cometimiento de este tipo de ilícitos por parte de personas jurídicas, las garantías económicas y sociales de convivencia –en la generalidad de los casos– de las empresas impiden que se pueda mencionar como motivo de atenuación de responsabilidad el *estado de necesidad* del agente incriminoso (Rojas, 1979). De allí que, cuando son las simples intenciones y afanes de lucro las que mueven a las personas jurídicas a contaminar y deteriorar el

ambiente, y dicho comportamiento causa *alarma social* lo suficientemente fuerte como para alterar el orden dentro de los sistemas sociales (Sunkel, 1980), la acción sancionadora del aparato estatal no puede –y no debe– verse impedida de ejercer su *imperium* por precautelar la integridad del paradigma jurídico del *societas delinquere non potest.*

De ahí que la inamovibilidad de los principios de *acción y culpabilidad* como elementos dogmáticos de la teoría del delito conllevarían, tanto a la posibilidad de imponer sanciones injustas a la persona natural –en ejercicio de funciones directrices– que se desenvuelve bajo lógicas de mercado restrictivas de su capacidad de libre albedrío, como a la factibilidad de que el ente colectivo *per se*, orientado por objetivos corporativistas atentatorios al bien jurídico medio ambiente, pueda resultar bien librado y gozar de impunidad ante la imposibilidad de recibir sanciones punibles, dada la configuración de los paradigmas citados (Pérez Camacho, 1975). La necesaria disquisición entre la *voluntad de factores, gerentes y administradores* y la nacida desde los intereses empresariales por sí mismos es entonces fundamental establecer como inicio del proceso incriminatorio de un nuevo sistema jurídico.

Volviendo a Luhmann, diría que dentro de las interacciones propias del *subsistema ambiental*, valido de su propio proceso de autoobservación y autorreproducción, la presencia de *comunicaciones lesivas* a su constitución autorreferida obliga al *subsistema jurídico* a reducir la complejidad planteada, retornando al orden y la seguridad, no solo al interior de su propia *estructura autopoiética*, sino también en función de la organizada alrededor del *subsistema ambiental*. Aquí la generación de esas *comunicaciones dañosas* (delitos ecológicos) parten generalmente de una *distorsión del sentido ético del avance tecnológico y de las orientaciones del mercado*, frente a las que la injerencia y actuación directa del *subsistema síquico* –propio del ser humano– es indiferente al momento de aplicar sanciones tendientes a asegurar el manteni-

ción penal de las conductas que afectan al entorno natural. Al respecto, sobre ecología, medio ambiente y los delitos que de aquellas categorías de análisis se derivan, se puede consultar en Mauricio Libster, *Delitos ecológicos*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

12. Se ha sostenido que uno de los elementos de las políticas estatales para prevenir el uso adecuado de los ecosistemas es la formulación en conjunto de programas de educación poblacional, por un lado, y de estrategias específicas para cumplir con las necesidades básicas de los ciudadanos como antecedente para el desarrollo de políticas de cuidado ambiental. Si partimos de una sociedad que carece de bienes y servicios básicos para su subsistencia, entonces será bastante difícil que aquél tejido social pueda preocuparse o concientizar alrededor de los efectos nocivos para la humanidad en general del uso abusivo de los recursos naturales y del medio ambiente en general. A ese tipo de políticas gubernamentales previas son a las que me refiero en esta parte de la exposición.

miento normativo como tal, así como la armonía de los sistemas sociales en general (Luhmann, 1998).

De la conflictividad surgida alrededor de la disquisición entre voluntades individuales y corporativas me he ocupado en el capítulo primero cuando me referí al planteamiento de la *teoría de la representación* como alternativa incriminatoria al mandante (Bacigalupo, 1998), mientras que en lo que tiene que ver con la consideración del sujeto penal y las *comunicaciones* –dañosas del medio ambiente en este caso– como *centros de imputación criminal*, el desarrollo teórico a partir de la visión sistémica luhmaniana es también, si no lo suficientemente acogedor para algunos, al menos contribuye al fomento de la discusión y el debate, ofreciendo una gama de posibilidades no expuestas en el tablero de la reflexión académica de nuestro país.

Aún más, la disposición constitucional a la que me he referido en este apartado es elocuente, al señalarse por parte del legislador constitucional que la ley *tipificará* (término no utilizado, por ejemplo, en el artículo noventa y dos de la Carta Fundamental referido a la protección de los derechos del consumidor) las infracciones que atenten a la protección del medio ambiente, lo que nos orienta indefectiblemente a figuras delictivas frente a las que, por disposición de esta norma, las personas jurídicas se hallarían plenamente facultadas a ser sujetas del *juicio de atribuibilidad*.[13] Si dicha enunciación constitucional respondió a un deliberado intento en pro de la imputación criminal de las personas jurídicas o si es asunto de acudir al *«espíritu del legislador»* al momento de dictar la norma constitucional es ya cuestión de otro tipo de análisis no relacionado al objetivo del presente parágrafo.

En definitiva, la argumentación que planteamos establece que el medio ambiente es otro de los subsistemas sociales establecidos, autopoiético *per se*, y por tanto dotado de un código binario de selectividad de comunicaciones

13. Aquí surge otro motivo de controversias, originado por la necesidad de que los tipos penales que contengan la descripción de la conducta delictiva atentatoria a la protección del medio ambiente sean estructurados de tal forma que la tipicidad no pueda ser fácilmente burlada por el agente o por las transformaciones de la ciencia y la tecnología que indudablemente avanzan a pasos más acelerados que el derecho. Las *leyes penales en blanco*, caracterizadas por su definición de la respuesta estatal en cuanto *pena* pero que en lo referente a la descripción típica se supeditan a otra norma legal, ordenanza o reglamento han sido consideradas como la salida más coherente a la especialísima problemática de los delitos ecológicos, siendo el tratadista alemán Karl Binding su principal mentor. Sin embargo, del otro lado, la oposición señala que dicha formulación lo único que conlleva es a irrespetar el *principio de legalidad de la ley penal*. Al respecto hallamos un análisis prolijo desde diferentes corrientes doctrinarias en Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de derecho penal*, Guayaquil, Edino, 1998, pp. 112-113.
14. En relación a la argumentación aludida, las bases de la formulación teórica son las mismas a las que he recurrido cuando traté el tema de los derechos del consumidor, por lo que la lógi-

propio (lo que tutela el ecosistema / lo que deteriora el ecosistema), frente al que el surgimiento de *complejidad* –dado por comunicaciones o sucesos– que no es procesada por dicho *decantador* da lugar a una reacción tanto dentro de este subsistema como al interior del subsistema jurídico (Izuzquiza, 1998) que, precisamente para reducir esta complejidad, debe restaurar el orden social a través de la imposición de *penas* a quien genera el desequilibrio, que en este caso proviene generalmente de empresas, personas jurídicas o de entes colectivos. En este contexto, insisto en la necesidad de recordar que el ser humano –desde la entrada teórica planteada– no constituye el centro de análisis interpretativo y las *comunicaciones defectuosas*, en este caso las que alteran el equilibrio ambiental, son los sujetos de imputación, provengan de donde provengan.[14]

El ilícito tributario. Connotaciones y particularidades

Finalizaré esta ligera revisión de algunas de las principales normas legales ecuatorianas que guardan relación con la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas –dejando de lado otras no menos importantes como la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero o la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas–, abordando el caso de las infracciones tributarias, y dentro de ellas restringiéndome al análisis de la disposición constante en el artículo trescientos cuarenta y siete (347) del Código Tributario del Ecuador,[15] que se refiere a la responsabilidad por el cometimiento de las conductas punibles descritas en ese cuerpo normativo. Esta norma, controvertida por cierto, ha servido en no pocos casos como fundamento para realizar interpretaciones en las que se podría –de alguna manera– asumir que la posibilidad de incriminación punible de las personas jurídicas, y aún de las empresas o negocios que no gozan de dicha calidad, se halla franqueada; sin embargo, a continuación propongo algunas reflexiones que, a la luz del

ca allí esgrimida es la que sirve para conceptualizar aquí la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. El punto de partida conceptual que refiere una sociedad en la que las comunicaciones y nada más que las comunicaciones son el dínamo de acción y progreso de los sistemas sociales es el centro de atención. En torno al tema mencionado, se puede citar a Niklas Luhmann, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, *op. cit.*

15. El Código Tributario del Ecuador fue dictado el día 2 de diciembre de 1975 y promulgado en el Suplemento al Registro Oficial No. 958 del día 23 de diciembre de 1975. No me refiero a datos referentes a la sanción por parte del Poder Ejecutivo en virtud de que el cuerpo legal citado nació a la vida jurídica en épocas en las que el Ecuador vivía los últimos días del gobierno militar encabezado por el General Guillermo Rodríguez Lara. La norma legal citada corresponde al capítulo III «De la responsabilidad», ubicado dentro del título I «Disposi-

texto legal mencionado, rápidamente *«desvanecen»* las insinuaciones sostenidas en este sentido.[16]

La disposición normativa a la que hacemos referencia otorga dos andariveles de responsabilidad de las personas; así, en general, cuando de orientar la atribución de las infracciones tributarias se trata, en primer lugar, y en lo que nos concierne, se establece que la *responsabilidad es personal* de quienes ejecutan las descripciones típicas contempladas en el Código Tributario nacional, en cualquiera de las gradaciones de participación,[17] sin entrar a delimitar si se refiere a personas naturales o si la atribución es indistinta respecto de éstas y de las de carácter jurídico. Hasta allí, la posibilidad de considerar a este cuerpo normativo como apartado del reiterado *societas delinquere non potest* denotaría ser viable. Sin embargo, a continuación, y dentro de la misma norma legal invocada, la consideración de una responsabilidad *real* en la que sí se describe expresamente a personas naturales y jurídicas, y aún a las empresas que no gocen de tal declaratoria estatal, como destinatarias del *juicio de reproche* pero restringido a las sanciones pecuniarias conduce a establecer algunas conclusiones –o quizás interrogantes– abordadas inmediatamente.

Dada la naturaleza y proceso clasificatorio de las sanciones establecidas para las infracciones tributarias, el contexto normativo presentado deja entrever que la posibilidad de sancionar a los entes colectivos –con o sin personalidad jurídica– se refiere a la traslación de la responsabilidad personal de los gerentes, administradores y en general de quienes ejercen actividades decisorias en la empresa hacia el ente colectivo como tal (Mir, 1996) *«a nombre de quienes actuaron o sirvieron dichos agentes»*. En este sentido, la continuidad de la *acción personalísima* como requisito de imputación penal se mantiene: el sujeto de incriminación es la persona natural y las consecuencias atribuibles a la persona jurídica –o aún a aquellas organizaciones que carezcan de dicha declaratoria pública– no exploran la *voluntad corporativa* desde su autonomía, sino que la enlazan indefectiblemente al ejercicio volitivo de sus mandatarios. De allí que el texto legal señale que este tipo de responsabilidades son de orden *real*, connotando la distinción entre el juicio de atribuibilidad *per se*, orientado al ser humano, de las consecuencias que de aquél proceso persecutorio se pueden transferir a la identidad corporativa.

De alguna manera se retoma la casuística citada respecto a la real posibilidad de ejercer acciones u omisiones, con absoluta libertad de disposición, de parte de los factores –o administradores– de las empresas cuando las lógicas del mercado marcan códigos de comportamiento y conducta frente a los que las regulaciones de un estado ineficiente y de un subsistema jurídico atrapado en paradigmas de inicios del siglo XX –como los cuestionados en esta investigación– no permiten esclarecer el panorama de las relaciones comer-

ciales y mercantiles suscitadas entre los agentes económicos (López Mesa, 2000). Con ello, la posibilidad de incriminar penalmente a la persona jurídica solo a raíz de la actuación de sus representantes legales podría conllevar a mayores injusticias que las que precisamente pretenden evitar los elementos dogmáticos de la teoría del delito y de la teoría del sujeto en materia penal (Tapia, 2000).

Una aproximación de la *teoría del reflejo* propia del derecho penal francés –en la que las responsabilidades generadas desde el ente colectivo no se restringen a recibir una sanción hacia aquél (Mora, 2002) sino que conjuntamente someten al proceso incriminatorio a las personas naturales ejecutoras de tales hechos– a la casuística analizada, como han pretendido algunos autores, resulta simplemente infundada y carente de argumentación: *en el caso del Código Tributario no se está hablando de responsabilidad penal de la persona jurídica per se*, sino que tan solo se marca la posibilidad de *accesoriamente* alcanzar a aquélla –vía responsabilidad real– como resultado de la acción dañosa, esa sí típica, de las personas naturales que actuaron en su nombre.

En este sentido, la recurrencia que efectúa nuestra ley tributaria hacia la responsabilidad de los *entes colectivos* se limita, por tanto, a la capacidad de aquellos de responder por los ilícitos de sus gestores, poniendo en juego el patrimonio de la empresa o del negocio comercial (García Novoa, 2000), lo que no podría constituir imposición que vaya más allá del *derecho administrativo sancionador*, al que ya me he referido al realizar el análisis de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

En todo caso, sea que nos inclinemos por considerar que la descripción constante en el Código Tributario Ecuatoriano en cuanto a responsabilidad penal es limitada a la persona natural y restringida a la jurídica solo en cuanto responsabilidades accesorias (Díaz, 1999), sea que se ventile la posibilidad de incriminación directa del ente colectivo frente a la respuesta estatal, lo vago de la disposición comentada parece conducirnos irremediablemente a la fatalidad de la remisión a las normas y principios del Derecho Penal Común (Folco, 1997) como normas supletorias,[18] en cuyo caso la posibilidad de elucubraciones e interpretaciones sucumbirían indefectiblemente: el muro del *societas delinquere non potest* y de la *acción* y *culpabilidad personal* volverían a encerrar la discusión en torno a los paradigmas del derecho y su proceso de compactación vs. la perspectiva del desarrollo, el orden y el progreso social.

ciones fundamentales» del libro cuarto «Del ilícito tributario», del Código Tributario ecuatoriano.

16. En una perspectiva similar a la enunciada, es decir alrededor de la posibilidad de incriminar penalmente la conducta de las personas jurídicas dentro de la esfera del derecho penal tribu-

2. LAS FRONTERAS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS ECONÓMICOS: *IMPUTABILIDAD DE LA PERSONA NATURAL O IMPUTABILIDAD EN BASE A LA PERSONA NATURAL*. LA FICCIÓN DE LOS ENTES JURÍDICOS

Como he sostenido a lo largo del presente trabajo, la visión antropocéntrica como eje de análisis de la sociedad está sometida a un paulatino proceso de reconfiguración y rediseño. El hombre como tal ha perdido su estelaridad en el contexto de las relaciones sistémicas que, a raíz de cambios profundos en la tecnología y en las comunicaciones fundamentalmente –que son una de las mayores exteriorizaciones de la complejización–, ha dado paso a *nuevos centro de imputación criminal –las comunicaciones–* en los que estos sucesos abarcan la atención de los subsistemas, y del jurídico en este caso, por lo que el enfoque hacia aquellos hechos aprehensibles como desestabilizadores del orden social son el ámbito de reproducción de la norma jurídica como mecanismo de estabilización y mantenimiento de la armonía social.

La empresa y su papel trascendental en las relaciones comerciales y de dinámica del mercado induce a que los *sucesos* que ésta provoca en el *entorno* y que en la generalidad de los casos es imputable a la organicidad que la envuelve (Verón, 1996), utilice al *subsistema síquico* –en el que el hombre se desarrolla– simplemente como el medio a través del que las *conductas ilícitas de las corporaciones* –refiriéndome dentro de ellas al conjunto de entes colectivos– constituyan las *comunicaciones dañosas* imputables de respuesta estatal (Bacigalupo, 1998). Por tanto, la incriminación punible se da no en rela-

tario existen algunas corrientes que consideran la procedencia de tal posicionamiento. Al respecto, Oscar Vicente Díaz, *Criminalización de las infracciones tributarias*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

17. Los niveles de responsabilidad por el cometimiento de hechos delictivos en materia penal están dados, principalmente, alrededor de las figuras de autoría, complicidad y encubrimiento. Dentro de cada una de estas categorías de análisis la doctrina ha desarrollado ampliamente subclasificaciones en base a diferentes consideraciones de orden metodológico y de posicionamiento teórico. Al respecto, una visión panorámica del tema en mención la hallamos, entre otros, en Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de derecho penal, op. cit.*
18. Tal cual lo prescribe el artículo trescientos treinta y seis (336) del Código Tributario del Ecuador, el que señala: «Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este código se aplicaran a todas las infracciones tributarias. Las normas y principios del Derecho Penal Común, regirán supletoriamente y sólo a falta de disposición tributaria expresa».
19. Cuando me refiero a la saturación de los subsistemas, y del jurídico en particular, hago relación al estado en el que el proceso de decantación de complejidad por vía de inclusión y exclusión –dada por el sentido propio de los códigos binarios– no alcanza a estabilizar el con-

ción a la actividad del ser humano como tal, sino que la traspolación de la atención del derecho penal hacia centros de atención más complejizados (Luhmann, 1993) –como son las comunicaciones– impide que el ejercicio de la potestad sancionadora del *subsistema estatal-administrativo*, derivada en la función del *subsistema jurídico* y su capacidad de sanción penal, se limite a la configuración de un derecho punitivo en el que la acción del ser humano sea indefectiblemente el eje de afianzamiento del orden y el progreso social (Parsons, 1958).

Así, el derecho penal económico y los delitos cuyas connotaciones son visibilizadas desde aquél, no se detiene en ejercicios de conceptualización respecto a la ficción o *reificación* de la actividad empresarial lesiva a los intereses societales (Izuzquiza, 1990), sino que se dirige hacia contextualizar en torno a las *comunicaciones* que, proviniendo de la empresa y del *subsistema económico* del cual ésta forma parte (Zolo, 1997), sean los sujetos aprehensibles por el código binario (legal / ilegal) que da *sentido* al proceso autopoiético propio del *subsistema jurídico*. Si las comunicaciones halladas en el *entorno* social y que emanan del *subsistema económico* como fruto de su propia generación de *inputs y outputs* (García Amado, 1998) altera la estabilidad sistémica, la función del derecho penal se encasilla hacia la actividad *preventiva general positiva* por la que no el hombre sino los sucesos (complejidad) concitan la atención sancionadora del sistema.

Sintetizando, las interacciones del mercado y de las leyes de la oferta y la demanda son controladas desde un *subsistema administrativo-estatal* que provee de los medios para hacer que la autopoiesis del *subsistema económico* se mantenga firme (Luhmann, 1992), mientras que es el *subsistema jurídico* el que se encarga de mantener la estabilidad sistémica del conjunto de relaciones entre todos y cada uno de los campos *autorreferidos de producción y reproducción de complejidad* (Luhmann, 1995), y cuya desatención provocaría la *anomia* y la saturación de los diferentes subsistemas.[19]

3. LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES FRENTE A LA

junto de comunicaciones que circulan en el entorno social. Aplicando, si las conductas dañosas provocadas por el surgimiento de hechos incriminosos desde la empresa y los delitos que le son propios, requirieren de la actividad directa del ser humano como eje de generación e imputación –lo cual es defendido por los propulsores de la acción y culpabilidad como base del juicio de atribuibilidad–, el proceso de estabilización sería prácticamente imposible de ser alcanzado por el subsistema jurídico. En esta línea de reflexión, y siguiendo el paradigma del *societas delinquere non potest*, este podría ser el antecedente de un escenario de inestabili-

RESPONSABILIDAD PUNIBLE DE LA PERSONA JURÍDICA. POSICIONAMIENTOS DOCTRINARIOS Y POSITIVOS

Una vez que se han esgrimido los principales argumentos teóricos que dan una salida a la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a la vez se han colocado las ideas principales en torno al *estado del arte* se encuentran plasmadas en la legislación del Ecuador, resta por referir, de modo somero, la realidad de América Latina en cuanto al tratamiento de las personas jurídicas y su imputabilidad criminal se refiere. En términos generales, no existe variación alguna con el posicionamiento surgido desde nuestro país, sin embargo de lo cual se consideró prudente efectuar una ligera descripción en la búsqueda de unificar posiciones doctrinarias y legales para el abordaje de este tema, sin duda de trascendental importancia para el desarrollo y progreso de nuestras sociedades.

Dada la magnitud que implicaría recoger datos y efectuar recopilaciones de todas las legislaciones latinoamericanas, los acápites que siguen se restringen a analizar las Cartas Políticas y los Códigos Sustantivos Penales –además de algunas otras disposiciones normativas– de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) a la que se pertenece el Ecuador, y que pueden servir como referente en torno al tópico en discusión. En realidad, no existen más motivos que los de carácter metodológico y de factibilidad de acceso a fuentes, por razones de tiempo y costos, para haber efectuado la discriminación señalada. Si se quiere, la misma es arbitraria[20] y no responde a más intereses que los apuntados y que pueden ser relievados en cuanto a importancia si se considera la tenue posición de la Comunidad Andina de Naciones dentro del contexto latinoamericano, y a la vez a la orientación que, en el sentido de fortalecer dicho Acuerdo Integracionista, motiva a la Universidad Andina Simón Bolívar en sus programas académicos.

Finalmente, presento breves referencias en relación a los posicionamientos adoptados en la legislación francesa y española frente al dilema de la

dad, confusión e inseguridad social atentatorio a los objetivos del sistema social, fundado en la armonía y correlación de los subsistemas desde su propio proceso de autoobservación y autorreproducción como desde su identificación en relación al entorno y a los otros subsistemas. Al respecto, Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*. Además, aunque partiendo de una perspectiva más societal, ver Niklas Luhmann, *La sociología del riesgo*, México, Triana / Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1998.

20. A pesar de lo mencionado, es necesario puntualizar que luego de una revisión ligera efectuada sobre las legislaciones de la gran mayoría de los países latinoamericanos, no hallamos textos normativos que avizoren la posibilidad de incriminación penal de las personas jurídicas. La fortaleza de los principios de individualidad de las penas y de la acción humana como presupuesto al juicio de reproche, parecen aún mantenerse firmes en esta parte del continente.

imputación penal de las personas jurídicas. En dichas fuentes se hallará una aproximación, a veces matizada por otras corrientes, de las ideas centrales alrededor de las que gira el presente trabajo. El ejercicio de análisis comparativo entre la *beta* teórica luhmanniana y las concepciones asumidas en los países mencionados son parte ya de un análisis diverso, que desborda las limitantes impuestas en el presente trabajo.

Las cartas constitucionales de Venezuela, Colombia, Perú y Bolivia frente a la sanción penal de la persona jurídica

En términos generales, y luego del análisis efectuado a las cartas constitucionales de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), no encuentro referencias concretas en las que se aborde el tema materia de la presente investigación. Apenas ligeras declaraciones en torno a la defensa de *derechos difusos* –como los que se relacionan a los consumidores, el medio ambiente y la diversidad cultural– se hallan bosquejados, pero sin una referencia explícita a las consecuencias que, dentro de la esfera punitiva, podrían ventilarse en contra de sus infractores cuando dicha actividad surja desde *entes colectivos*.

La Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo ciento catorce (114) efectúa puntualizaciones concretas relacionadas con delitos económicos, pero en cuanto a su penalización remite a disposiciones de inferior jerarquía en las que, como se verá, la posición clásica en torno a la imposibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica es la que se impone.[21] En la misma dirección, el artículo ciento diecisiete (117) de

En este plano, la Carta Constitucional del Ecuador es de las que mayores avances presenta, básicamente en cuanto tiene relación con la tuición penal de derechos difusos.

21. La norma constitucional mencionada textualmente señala: «El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley». La remisión a normas secundarias imposibilita entrar en mayores detalles en torno a la incriminación de los agentes económicos corporativos dentro de la Carta Política del Perú.
22. El artículo 117 de la Carta Política de Venezuela dice: «Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley deberá establecer los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados las sanciones correspondientes a la violación de estos derechos».
23. En su parte pertinente, la disposición constitucional colombiana innovada manifiesta: «… Serán responsables, *de acuerdo con la ley,* quienes en la producción y comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios…» (las cursivas son mías). Además, el artículo setenta y nueve dis-

la Carta Política venezolana declara la protección estatal hacia los consumidores en sus relaciones con proveedores de bienes y servicios, disponiendo, además, que sea la ley orgánica –posteriormente dictada– la que se encargue de los mecanismo para garantizar estos derechos, así como de estructurar las vías de resarcimiento pecuniario por parte de los infractores.[22] Sin mayores referencias que las citadas, en el caso venezolano la remisión a leyes especiales en algo abonarán al análisis, y cuya discusión será motivo del acápite siguiente.

De otro lado, las constituciones políticas de Colombia y Perú, si bien refieren declaraciones en torno a derechos de *tercera generación*, como el de consumidores y protección medio ambiental, no connotan en mayor medida en relación a las responsabilidades generadas desde las empresas como sujetos activos de eventuales relaciones jurídico-penales. Así, en el caso colombiano el artículo setenta y ocho (78) de su Carta Fundamental es el que menciona la protección de los derechos de los consumidores,[23] pero –igual que en todos los casos– remitiendo a normas especiales la regulación de los niveles de responsabilidad por su violación o denegación. En lo referido al Perú la situación no varía mayormente, pudiendo citar las normas contempladas en los artículos sesenta y seis a sesenta y ocho (66-68) de su Carta Política como las tuitivas del derecho a la conservación y protección del medio ambiente aunque sin mayor alusión a la problemática abordada.[24]

Finalmente, la Constitución Política de Bolivia, la menos elaborada en cuanto al tratamiento de derechos difusos, no hace ninguna referencia a la tuición de derechos medio ambientales, de los consumidores y en general a aquellos considerados de *tercera generación*, con una ligera salvedad en cuanto a los derechos indígenas. Por tal motivo, el análisis desde las disposiciones constitucionales en función de la problemática abordada en incipiente y no da espacios siquiera a interpretaciones de ningún orden, remitiéndonos

pone: «… Además, deberá prevenir y controlar (el estado) los factores de deterioro ambiental, *imponer las sanciones legales* y exigir la reparación de los daños causados…» (las cursivas son mías).

24. En esta parte de la Constitución Política del Perú si bien se hace relación a la protección y conservación del medio ambiente, no se señala nada en torno a la responsabilidad de las personas en cuanto al citado derecho difuso. Sin embargo, el artículo tres (3) de la Ley Penal del Ambiente sí hace referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conforme lo mencionaremos en el siguiente apartado.
25. La Carta Fundamental boliviana denota ser la más atrasada dentro de la Comunidad Andina de Naciones. Su indiferencia respecto a temas de trascendental importancia en las sociedades modernas –como el citado– es uno de los principales argumentos para la generación del debate y discusión en torno a la elaboración de una nueva Constitución Política en ese país. La actual, peca de discontinua y relegada en relación con los avances del mundo contemporáneo.

indefectiblemente a las normas del Código Penal Común para entregar una ligera visión al respecto.[25]

26. A estos elementos subjetivos y cognitivos propios de la personalidad humana e indispensables para el reproche jurídico-penal se refiere expresamente el artículo treinta y dos (32) del Código Penal del Ecuador (R.O. (s) 147 22-I-1971) cuando en el capítulo I «De la responsabilidad», incluido en el título III «De la imputabilidad y de las personas responsables de las infracciones» expresamente manifiesta: «Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia».
27. Cuando me refiero a *entes colectivos* lo que se pretende es no discriminar a aquellos sujetos de imputación que, a pesar de no haber obtenido la declaratoria oficial de personas jurídicas, operan como agentes económicos dentro de los subsistemas sociales. En definitiva, la imputación de delitos a personas no naturales, según la propuesta realizada, no considera de trascendencia que las *comunicaciones dañosas* provengan de entes que ostenten la calidad de personas jurídicas. En este plano la posición teórica se refiere más bien al *orden y armonía* que debe guardar, tanto el entorno como los subsistemas *autopoiéticamente* estructurados. En Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, *op. cit.*
28. El Código Penal de Venezuela (22-X-2000) en su artículo sesenta y uno (61), incrustado dentro del título V «De la responsabilidad penal y de las circunstancias que la excluyen, atenúan o agravan» en sus partes pertinentes manifiesta: «Nadie puede ser condenado como reo de delito *no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye … La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria*, a no ser que conste lo contrario» (las cursivas son mías). De otro lado, e imprimiendo el énfasis en la culpabilidad como elemento orientador de la responsabilidad penal, el Código Sustantivo boliviano de la materia (2-IV-1973) señala en el artículo trece (13) –perteneciente al capítulo III «Culpabilidad»–: «De ninguna consecuencia de la acción será responsable el agente, si no ha obrado por lo menos culposamente. En consecuencia, la culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena». En el mismo sentido, el *catálogo penal* de Colombia (24-VI-2000), prescribe en el artículo doce (12): «Culpabilidad. Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. *Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva*» (las cursivas son mías). Por su parte, el Código Penal del Perú, en similares términos señala la orientación asumida por sus pares andinos. Finalmente, en el caso ecuatoriano, nuestra normativa penal refiere en términos diversos a los planteados en el Código Penal boliviano, cuando en su artículo trece orienta la responsabilidad hacia los fines al prescribir: «El que ejecuta voluntariamente un acto pu-

Leyes sustantivas penales y otros cuerpos normativos de la Comunidad Andina de Naciones que abordan el tema

Al igual que en el caso analizado en el parágrafo anterior, cuando de los Códigos Sustantivos Penales se trata, los países de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) parecen seguir la misma dirección: la *acción y la culpabilidad* son los elementos determinantes para la imposición de sanciones penales (Jiménez de Asúa, 1950) cuando de la reproducción de un hecho descrito como delictivo se refiere. De otro lado, la *conciencia* (tipo subjetivo) y la *voluntad* de trasladar a la realidad fáctica de los hechos la violación al bien jurídico penalmente protegido (tipo objetivo) se engarzan a los anteriormente citados elementos dogmáticos de la teoría del delito (Bajo Fernández, 1978; Bacigalupo, 2000);[26] de lo cual se infiere que, el principio del *societas delinquere non potest* –en los cuerpos normativos sancionadores andinos– se encuentra plenamente vigente y no permite dirigir la atención hacia innovadoras formas de incriminación punible orientadas hacia la empresa, los *entes colectivos*[27] o la persona jurídica en general.

De la revisión efectuada, el foco de atención para la procedencia del *juicio de atribuibilidad* (Zavala, 1998) en la generalidad de los casos señalados se orienta hacia la *culpabilidad* del sujeto, a la que deberá preceder la *acción* plasmada como ejercicio volitivo de parte del agente activo de la relación jurídico-penal. De allí a considerar que la persona jurídica esté en capacidad de decisión *per se* no es viable, dada la necesaria presencia de un elemento de orden sicológico como factor integrador de la acción penalmente reprochable (Rodríguez Mourullo, 1980), en la que la culpabilidad es una trasgresión ética-valórica a la armonía y seguridad emanada desde el estado (Guerrero Vivanco, 1997). Luego, la presencia de categorías eminentemente jurídicas y no de orden social en la composición del *reproche penal* (Acevedo, 1967) impiden situarse frente a nociones de *culpabilidad por defecto de organización* (Tiedemann, 1990; Schroth, 1988).

nible *será responsable de él e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar*, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender» (las cursivas son mías). Las citas legales mencionadas y que guardan relación con la legislación de los países andinos –excepto del Ecuador– así como las referencias a las fechas a partir de las que los cuerpos normativos se hallan en vigencia las he tomado recurriendo al internet, y de allí a las siguientes páginas: www.caipe.org.pe, www-.buffalo.celu. Dicha investigación ha sido realizada el día sábado 15 de febrero de 2003.

29. Aunque son escasas las referencias que pudieran llevarnos a creer que se ha franqueado la posibilidad de reordenar los anquilosados paradigmas del derecho penal, citaré dos disposiciones halladas en la legislación peruana. La primera se refiere al artículo noventa (90) del

La intencionalidad, cargada del factor sicológico ya referido, y al que se remite el reproche penal, está presente en los Códigos Penales colombiano, venezolano, boliviano, peruano y, por supuesto, del Ecuador,[28] siguiendo así la concepción tradicional de la personalidad de la acción y la *función preventiva especial* de la pena. Y si de tales premisas partimos para desarrollar dichos elementos de la teoría del delito en el campo de los cuerpos punitivos generales, la concepción no varía en mayor medida cuando de leyes penales especiales se trata, aunque en determinadas disposiciones legales el surgimiento de una suerte de *penas accesorias* (Trujillo Arango, 1990), de carácter administrativo según los defensores del *societas delinquere non potest*, pueda en un principio connotar cierta intencionalidad dirigida hacia la incriminación penal de las personas jurídicas.[29]

En definitiva, luego de la somera investigación efectuada en torno a los códigos sustantivos penales y demás leyes conexas integrantes de la legislación positiva de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la posibilidad de incriminar penalmente a las personas jurídicas parece todavía ser considerada una *entelequia jurídica* (García, 1992) por la que la imputación de *delitos colegiados* es asumida como una negación de los aún firmes principios de acción individual, culpabilidad y efecto retributivo *personalísimo* de la pena (Bajo Fernández, 2000).

Breve panorámica de algunos códigos penales europeos en torno a la imputación penal de la persona jurídica

Como mencioné al iniciar el presente capítulo, en esta parte de la investigación haré una breve remembranza de dos de los principales códigos pe-

Código Orgánico Tributario (17-X-2000) que expresa: «*Las personas jurídicas responden por los ilícitos tributarios*. Por la comisión de los ilícitos sancionados con penas restrictivas de la libertad, serán responsables los directores, gerentes, administradores, representantes o síndicos *que hayan participado personalmente de la ejecución del ilícito*» (las cursivas son mías). Sin embargo, en este caso parece que volvemos a la discusión ya planteada en torno al mismo tema cuando nos referimos al ilícito tributario en la legislación ecuatoriana. Parece más clara la norma constante en el artículo tres (3) de la Ley Penal del Ambiente (2-I-1992), que señala: «Requisitos de la sanciones a personas jurídicas. Independientemente de la sanción a las personas naturales, *las personas jurídicas serán sancionadas de conformidad con lo previsto en la presente ley, en los casos en que el hecho punible descrito haya sido cometido por decisión de sus órganos*, en el ámbito de la actividad propia de la entidad y con sus recursos sociales y siempre que se perpetre en su interés exclusivo o preferente» (las cursivas son mías). Tomado de la página de internet www.caipe.org.pe el día sábado 15 de febrero de 2003.

30. La dificultad en la cita del articulado del nuevo código penal francés radica en que los tres primeros números mencionados corresponden al título asignado en el Código Penal al que

nales europeos que, de una u otra manera, han causado –o al menos suscitan discusión– atención entre la Academia y el Foro del viejo continente. Excluyo *ex profeso* de la presente sección a la legislación alemana, pionera en la materia, dado que sus principales representantes en los últimos años han sido abordados en el primer capítulo de este trabajo. Advierto de antemano que la descripción que propongo no es exhaustiva ni pretende ser una aproximación analítica al *estado del arte* en el derecho penal europeo –y ni siquiera de los países por abordar– sino que tan solo busca entregar posiciones que podrían servir como referentes –sobre todo la francesa– para una aproximación hacia la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas en América Latina y en la región andina, con mayor especificidad.

Puntuales disposiciones penales constantes en la legislación de las repúblicas de Francia y España, serán las que se consideran como referentes en esta parte del trabajo, agregando a la advertencia citada en el párrafo que antecede, que ninguna de las dos posiciones teóricas y legales asumidas por los países mencionados parecen abordar la problemática que nos ocupa desde una *visión sistémica*, como la que he utilizado, sino que la justificación de política criminal en las que aquellas legislaciones se sustentan bien podrían provenir de una raíz común antropocéntrica, en la que el Sujeto continúa manteniendo la estelaridad dentro del sistema social. Quizás los planteamientos efectuados se orienten por la reformulación de los principios de culpabilidad o de la elaboración de un *derecho penal autónomo* (Stratenwerth, 1982) para las personas jurídicas, pero en ninguno de los dos casos el abordaje del tema asume la *beta teórica luhmanniana* a la que me he adscrito para el presente

pertenece la normativa, mientras que los siguientes –diferenciados por un guión– denotan el orden de aparición de las normas penales dentro del título respectivo.

31. La variante imprimida por el nuevo código penal francés radica precisamente en que la incriminación penal de las personas jurídicas no deja de lado la posibilidad de que sean también los sujetos físicos quienes sean sometidos al juicio de atribuibilidad penal. De ahí que el paradigma del *non bis in idem* sea también materia de reflexión y controversia en este ámbito.
32. En esta parte del trabajo me refiero siempre a los entes colectivos como personas jurídicas o morales, y prescindo de la noción de empresa porque en el derecho penal francés la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica está limitada a aquella que ostenta dicha calidad. Por tanto, las organizaciones o agrupaciones que a pesar de tener objetivos definidos carecen de la declaración oficial, no se encuentran sometidas al ámbito de competencia de la disposición legal citada. Precisamente este es otro de los puntos de discusión que con frecuencia se han presentado en las Cortes Francesas y entre los tratadistas y jurisconsultos de ese país.
33. El mencionado artículo 121-2 del Código Penal de Francia a la letra manifiesta: «Las personas morales, con la exclusión del estado, son responsables penalmente, de acuerdo a las disposiciones de los artículos 121-4 al 121-7 y dentro de los casos previstos por la ley o el reglamento de las infracciones cometidas por cuenta de sus órganos o representantes. Sin em-

análisis y en general para explicar los fenómenos sociales, a partir de los diferentes subsistemas de *autoobservación y autorreproducción.*

El código penal francés, vigente desde el 1 de marzo de 1995 y sustitutivo del Código Napoleónico de 1810, entre sus principales innovaciones presenta el artículo 121-2,[30] el mismo que posibilita –de manera franca y abierta– la incriminación penal de las *personas morales* –como se denomina en esa legislación a la persona jurídica– sin que por ello se pierda de vista la actividad punible de los sujetos físicos.[31] En este sentido, la esencia de la imputación penal radica en una elaboración de presupuestos del tipo objetivo como del tipo subjetivo que se adaptan a la realidad de la *persona moral;* así, el hecho incriminoso debe ser el resultado de i) la acción u omisión de quienes ejercen funciones de responsabilidad y a la vez dirigen unidades económicas dentro de la corporación[32] –factor objetivo– y de la ii) reproducción de una conducta que debe ser orientada hacia el beneficio y los intereses particulares de la persona jurídica como tal –factor subjetivo–.

De lo expuesto, la subjetividad y objetividad en la descripción del tipo delictivo conlleva a una reformulación de los paradigmas de la *acción y la culpabilidad* (Rodríguez Ramos, 1998) y acaso presenta una nueva visión o elaboración del derecho penal, orientado hacia la actividad delictiva de la persona jurídica (Bacigalupo, 2000). En todo caso, la puesta en vigencia de la *teoría del reflejo,* por la que la acción u omisión proveniente del ente humano, plasmada bajo consideraciones de dolo o culpa, es traspolada autónomamen-

bargo, las colectividades territoriales y sus agrupaciones no son responsables penalmente salvo de las infracciones realizadas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de delegación de servicios públicos. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas autoras de esos mismos hechos». La cita legal mencionada es reproducida del texto normativo mencionado y se encuentra transcrita en la tesina realizada por Fanny Verónica Mora Navarro, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos», presentada como requisito previo a la obtención del título de abogado de los tribunales de justicia, Quito, Pontifica Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, 2002, en cuyo trabajo se puede consular acerca de la posición de otras legislaciones en torno al tema en discusión. De la misma manera, comentarios en torno a la novedad hallada en la normativa penal francesa los podemos obtener en Gustavo Eduardo Aboso y Sandro Fabio Abraldes, *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal,* Buenos Aires, Editorial B de F., 2000.

34. El Código Penal de España ha sido promulgado mediante Ley Orgánica No. 10/1995, de 23 de noviembre de 1995.
35. La disposición legal a la que nos referimos está constando en el artículo ciento veinte y nueve (129) del nuevo Código Penal de España, y se halla incluida en el título VI «De las consecuencias accesorias» del cuerpo normativo citado. Dicho texto legal expresamente manifiesta: «1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter

te a la persona jurídica como tal, es la base de sustento para la incriminación de las *entes morales* en la ley penal francesa. Así, una amalgama entre la mencionada *teoría* y los postulados tradicionales de la *escuela realista o de la realidad* –que propone la independiente de toda injerencia humana respecto a la actividad de la persona jurídica–, parecen ser los elementos que se engarzan en la articulación de la nueva normativa penal de Francia.[33]

Como cité, si bien la salida es válida, parecería no ser lo suficientemente sustentada al momento de ser sometida a la discusión y el debate de los opositores a la reforma de los paradigmas tradicionales del derecho penal, sobre todo cuando se considera que la posible imputación penal a la persona moral parte de un agente previo, persona natural, que debe ejecutar la acción u omisión que da lugar a la respuesta estatal. En este sentido, hablar de una *responsabilidad por representación* nos conduce nuevamente a los principios dogmáticos de la teoría del delito en los que la actividad del ser humano vuelve a ser el eje de discusión y alrededor del que se fundamenta toda la reformulación planteada. No por ello la aplicación francesa deja de tener su relevancia y sustento jurídico.

En el caso español, la expedición del nuevo código penal[34] ha traído consigo una renovada fuente de discrepancias en torno a la posibilidad de incriminar penalmente a las personas jurídicas. Si bien en la legislación española no se hace una mención explícita a la incriminación de las personas jurídicas –como si la efectúa el derecho francés–, el surgimiento de una serie de sanciones denominadas como *consecuencias accesorias* (Zugaldía, 1999) que, por el cometimiento de un delito, son aplicables a las personas jurídicas, ha desencadenado el debate en torno a interpretar la verdadera naturaleza de las mismas pues, si se las conceptualiza como *penas* (Rodríguez Ramos, 1998) entonces el fundamento que da lugar a su aplicabilidad merece ser analizado y quizás sometido a reestructuración, máxime si se considera la imposibilidad de incriminar penalmente a las personas jurídicas según la normativa penal de ese país.[35]

temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años; b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación; c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años; e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en

En todo caso, los teóricos españoles que asumen el tema de la imputación penal de las personas jurídicas como uno de los esenciales movimientos hacia el progreso del derecho y del derecho penal en específico, señalan que la institución jurídica de la *representación*, vigente sin mayores controversias en la legislación civil y comercial, es la que puede dar lugar a una explicación coherente en torno a la variabilidad de los fundamentos dogmáticos de la teoría del delito (Bacigalupo, 2000); sin embargo de lo cual la misma objeción planteada en relación al razonamiento efectuado en el caso francés procedería en el presente: la representación conlleva la existencia de un eje logo y antropocéntrico como categoría de análisis, lo que desnaturaliza el ejercicio propio de la empresa como *centro de imputación autónomo* a raíz de la autorreferencia que mantiene en cuanto a la producción de *comunicaciones* exteriorizadas al *entorno social* y a la par asimiladas *hacia adentro* para vivenciar su mecanismo *autopoiético de reproducción*.

Finalmente, partir de la consideración de que la imputación criminal de las personas jurídicas se halla ya establecida en la ley penal española –básicamente a raíz de la publicación del nuevo código penal y fundamentalmente de su artículo ciento veinte y nueve (129)– es tan solo el resultado de interpretaciones efectuadas por los tratadistas interesados en vivenciar sus posicionamientos teóricos,[36] pero que en ese esfuerzo sustentador caen en inconsistencias como las citadas en el párrafo anterior y en otras de orden legal, y que tienen que ver principalmente con la expresa denegación efectuada por el *catálogo penal español* en torno a aceptar la generación del *juicio de reproche* a las personas jurídicas, sobre la base a los argumentos mencionados a lo largo de la presente investigación.

la actividad delictiva y los efectos de la misma». La cita legal transcrita así como otras conexas han sido tomadas de la investigación a través del internet realizada en la página www-.noticias.juridicas.com el día sábado 15 de febrero de 2003.

36. Una de las principales propulsoras de la incriminación penal de las personas jurídicas es, en España, la doctora Silvina Bacigalupo Saggese quien pretendiendo partir de una visión luhmanniana del derecho penal y de su problemática termina orientándose por la reformulación de la teoría de la representación como marco conceptual del que se desprende el fundamento de la atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Dicha construcción teórica, respetable y provista de no pocos elementos afianzadores, sin embargo, connota un ser humano protagonista y ejecutor de acciones y representaciones en torno a las que el desarrollo de la sociedad se vivencia, lo cual es dejado de lado en la posición de Niklas Luhmann, fundador de la teoría de la *sociedad sin hombres* y cuya principal categoría de análisis es trasladada hacia las comunicaciones. Tal cual lo ha manifestado el citado sociólogo y abogado alemán: «La sociedad está formada de comunicaciones y nada más que de comunicaciones», en Niklas Luhmann, *La ciencia de la sociedad, op. cit.*

1. En materia penal, la legislación ecuatoriana se encuentra aún connotada bajo la perspectiva del positivismo y del fascismo italiano, el que en lo ideológico y político marcó una tendencia importante a inicios del siglo XX. Así, el Código Penal del Ecuador de 1938 –en actual vigencia– no es más que la reproducción de su antecesor, de 1906, el que responde a la orientación filosófica-política europea, e italiana particularmente –el Código Rocco–, que en la actualidad ha sido ampliamente superada en la mayoría de ordenamientos jurídicos a nivel mundial. La mal entendida posición conservadora que se pretende perpetuar en el desarrollo de nuestro derecho impide ver más allá de la «letra muerta de la ley» y busca entronizarse como paradigmática frente a sociedades complejizadas frente a las que aquél inmovilismo corre el riesgo de arrastrar al derecho, y al penal en específico, a un callejón sin salida en el que el colapso del sistema en su integridad será irremediable.
2. He preferido mantener en reserva las identidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como de otros jueces de inferior jerarquía y demás entrevistados que han opinado en relación a la problemática expuesta, en virtud de que en ninguno de los casos constituyen posicionamientos propios de la Función Judicial, de su órgano máximo de representación ni del Foro de abogados colegiados. Por tanto, no he considerado, por inexistente, una posición oficial del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en torno a los ejes principales de esta investigación.

CAPÍTULO TERCERO

La Judicatura y el Foro frente a la atribución de responsabilidad punible a la persona jurídica. Algunos lineamientos básicos y perspectivas desde el Ecuador

En este último capítulo de la investigación planteada pretendo acercar el bagaje teórico sustentado a lo largo del trabajo hacia la realidad del mundo jurídico en el Ecuador. Como siempre, resulta difícil situar el proceso de anclaje de las posiciones de carácter doctrinal a las difíciles circunstancias de una legislación anquilosada y estacionada en concepciones de inicios del siglo XX;[1] sin embargo, es refrescante haber constatado en la investigación de campo planteada que ya existen criterios, incluso surgidos desde la misma Corte Suprema de Justicia, en los que se refleja una tendencia al progreso y la dinamia en la concepción del derecho penal. No sé si esa percepción del investigador pueda ser traspolada al derecho en su integridad, pero al menos he percibido que en materia criminal, y en específico en el tema que ocupa la atención de este trabajo, el sendero de la discusión y el debate desde la Academia parece estar abierto.

En primera instancia exploraré los posicionamientos asumidos por algunos de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en torno a la problemática esgrimida –sin mencionar sus identidades[2]–, para luego cotejar las dos vertientes ya explicitadas en el capítulo primero: de un lado aquella que mantiene el criterio de que los principios universales del derecho penal en ge-

3. Dentro de esta *visión progresista*, arbitrariamente connotada por el autor, encasillo a quienes, por diferentes vías, creen plausible una reformulación de algunos principios del derecho penal a fin de orientar una nueva legislación de la materia en la que las personas jurídicas *per se* se hallen plenamente capaces de ser sujetos pasivos de la relación jurídico-penal surgida a propósito de hechos que reproduzcan una conducta delictual tipificada en alguna o algunas de las conductas violatorias descritas en la ley penal. No por ello asumo, ni siquiera a manera de elucubración, que quienes se adhieren al posicionamiento del autor lo hacen compartiendo la misma *beta teórica;* por el contrario, parece ser que la fundamentación dada por los llamados *progresistas* tiene una explicación por la cual la consideración antropocéntrica como eje de articulación de los tejidos sociales es aún defendida. Así, la posición luhmanniana, desde el derecho penal, al menos de momento, no es la línea de reflexión teórica a la que se adscriben quienes han sido consultados.
4. Existieron no pocos entrevistados a los que les resultaba incómodo que sus identidades sean reveladas, por lo que hemos preferido omitir dichas particularidades en la generalidad de los casos, no solo por las razones esgrimidas, sino fundamentalmente porque ellas van de la ma-

neral y los relacionados con los paradigmas de la teoría del delito en específico, no permiten la posibilidad de incriminar penalmente a las personas jurídicas; y de otro, la *visión progresista*,[3] a través de la que la reflexión en torno a un mundo cambiante obliga al derecho y a quienes lo estudian y realizan actividad forense a considerar un proceso de reacomodo y adaptación de las estructuras tradicionales de la normatividad jurídica a los nuevos procesos de interacción de los grupos societales.

Posteriormente presento de manera sintética algunos casos específicos en los que la aplicación de lo expuesto en la investigación se enfrenta a la realidad del Ecuador, y que tiene que ver principalmente con determinados procesos judiciales –sin individualizarlos– en los que la necesidad de recurrir a reformas en torno a la justicia penal nacional son evidentemente puntos a ser considerados en las agendas de política pública. Aquello no implica que realice *análisis de casos* –en el sentido de acudir a este instrumento de análisis metodológico de las ciencias sociales y principalmente de la sociología y la antropología– sino que tan solo mostraré como a partir de las dinámicas que plantean estructuras societales complejizadas y caracterizadas por la influencia de la tecnología y las comunicaciones, los principios tradicionales a los que se ha sometido al derecho penal resultan insuficientes y atentatorios, de una u otra manera, al orden y equilibrio sociales, primigeniamente observados como fines a conseguir por parte del derecho criminal.

De otro lado, y sin recurrir a la determinación de identidades –en ocasiones por expresa solicitud de los entrevistados,[4] en ocasiones por consideraciones de carácter metodológico– establezco las variadas argumentaciones halladas en el Foro Profesional, las que son tomadas en función de reafirmar las conclusiones arribadas en la etapa de recolección de información en las *esferas oficiales de la administración de justicia*. En este sentido, la opinión de abogados y académicos se halla marcada por la misma bifurcación de posiciones antes señalada y que no es mas que el reflejo de la confrontación que en torno al tema existe a nivel mundial (Bajo Fernández y Bacigalupo, 2000).

Finalmente, manifestó que la *entrevista en profundidad*[5] –de carácter abierta– ha sido el principal instrumento metodológico de investigación social cualitativa que he sido utilizado en esta parte del trabajo, porque me parece era el que más se podía adaptar tanto a las necesidades teórico-prácticas planteadas como a la disponibilidad de recursos –de todo orden– que envuelven al

no con la necesidad de tener presente en todas las instancias de la investigación el *consentimiento informado* (Muratorio, 2000) como fundamento valórico de interactuación en la realización del trabajo de campo.

5. La entrevista en profundidad es uno de los métodos de análisis e investigación más conocidos y reafirmados en las ciencias sociales. En el presente trabajo recurrimos a la entrevista

trabajo presentado. De allí que la *«lectura»* que se ha efectuado alrededor de las opiniones recogidas es una elaboración propia del autor, objetiva en cuanto al ser humano le es posible dicha consideración, pero que en todo caso no ha sido mas que la exposición de las ideas fundamentales de quienes colaboraron con la estructuración final de esta investigación.

La amplitud del universo de fuentes que se encuentran alrededor del tema en discusión y la variedad de posiciones asumidas desde los diferentes sectores analizados impiden que se pueda trasladar los datos considerados a expresiones cuantificables, tanto por lo reducido de la muestra aportada como por la segmentación de la misma a la ciudad de Quito D.M., demarcación también arbitrariamente definida por el autor, y que responde fundamentalmente a razones de factibilidad de investigación como a la consideración de que es en la Capital del Ecuador donde se encuentra la sede de la Corte Suprema de Justicia y el asiento de las principales –aunque no de todas– las corrientes de opinión en materia jurídico-penal.

abierta por cuanto la amplitud de la temática abordada impedía recurrir a otros instrumentos metodológicos, como la encuesta o la propia entrevista cerrada, en las que la segmentación de opiniones habría sido más elocuente. Por las razones expuestas, y considerando que las preguntas planteadas variaron entre entrevistados, aunque no en su esencialidad, tampoco los formatos han sido incluidos en el trabajo final presentado. Sobre las herramientas investigativas mencionadas y principalmente sobre la aquí utilizada, se puede citar a A. Orti, «La aber-

1. POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA CON EL HECHO INCRIMINOSO

Como he mencionado en el preámbulo a este parágrafo, la Corte Suprema de Justicia mantiene también criterios divididos en cuanto al abordaje del tema en discusión: de un lado, hallamos los criterios *tradicionales* de respeto a los principios de la acción y la culpabilidad como elementos dogmáticos de la teoría del delito, y, de otro, nos situamos ante consideraciones que abogan por una reforma estructural del derecho penal que de lugar a una comprensión del mismo más acorde con la realidad de sociedades altamente complejizadas (Luhmann, 1998) como las vividas en los últimos treinta años. Abordaré en primera instancia los criterios que mantienen la concepción del *societas delinquere non potest* como paradigmática y *asimilable a las leyes de la naturaleza*.[6]

Criterio doctrinario de la Judicatura respecto a la posibilidad de sanción penal de la persona jurídica. Entrevistas y comentarios

Cuando inquirí a uno de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en torno a la factibilidad de responsabilizar a las personas jurídicas *per se* cuando aquellas habían reproducido un hecho descrito como delictivo por la ley penal, luego de abordar otros tópicos relacionados con la materia, y ante mi insistencia en el meollo de la interrogante –frunciendo el ceño–, el Ministro echó por la borda todas las ansias de investigador joven que me movían

tura y el enfoque cualitativo o estructural: la entrevista abierta y la discusión de grupo», en F. Ibáñez y Alvira, *El análisis de la realidad social*, Madrid, Alianza, 1986; S.G. Tylor y R. Bodgan, *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Barcelona, Paidós, 1987, pp. 100-132; y F. Vela Peón, «Un acto metodológico básico de la investigación social: la entrevista cualitativa», en María Luisa Tarres, *Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*, México, Grupo Editorial Porrúa, 2001, pp. 63-96.

6. La comparación planteada entre los principios derecho penal y las leyes naturales fue efectuada por uno de los ministros jueces de la Corte Suprema de Justicia cuando se refería a la inamovilidad del derecho criminal en torno a la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. Una aproximación más extensiva de este criterio, que es ejemplificador de esta posición, se desarrolla en este apartado.
7. Entrevista efectuada a uno de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en su despacho, el día viernes 28 de febrero de 2003 a las 16h00. Omito el nombre del Ministro por las razones ya aludidas.
8. Siempre sostuve, y lo sigo haciendo, que el derecho en el Ecuador se ha convertido en la *«carpintería jurídica»* impartida en las universidades y centros de formación académica. La

–y aún me entusiasman en torno a la profundización de este no pacífico tema– al señalar su posición jurídica, la misma que no puede ser atribuible a la persona de quien proviene, sino que es ejemplificadora de una gran cantidad de jueces, abogados y académicos a los que se había indagado en torno al tema. Precisamente por su trascendencia, he preferido citar textualmente la parte pertinente de la declaración efectuada:

> … Pensar en eso (se refería a posicionamientos innovadores en el campo del derecho penal, como el de Niklas Luhmann, defendido por el autor) creo que *sería desperdiciar el tiempo*… Hay leyes que son tan inconcusas, tan indiscutibles, tan eternas, que no se las puede discutir. Eso no se impone a la evolución. Las leyes naturales se transformarán muchas, pero seguirán subsistiendo. *En cuanto a los conceptos del delito, la forma de cometer el delito, el hecho delito –hombre, delito– delincuente, eso no creo que pueda sufrir transformación. Es parecido a las leyes naturales, es parecido a la ley de la gravedad* (pocos minutos antes me había manifestado el juez que la ley de la gravedad estaba presente a pesar de su antigüedad y que dudaba que algún día las cosas cambien en ese sentido, de forma que *«las cosas en lugar de caer hacia abajo caigan hacia arriba»*), *eso no llegará a cambiarse* (las cursivas son mías).[7]

No es necesario mayores comentarios… la posición asumida es clara y no permite elucubraciones. En el criterio del Ministro-Juez aquí recreado se

instrumentalización de la normativa hacia la resolución de una situación fáctica concreta y el cumplimiento de la actividad *desentrañadora de entuertos* del derecho y de los abogados como su fuerza motriz de acción mantiene firmemente su ubicación en el escenario del Foro y aún de los órganos de administración de justicia, como hemos recreado. Sin embargo, aunque pensaba que en nuestro país el positivismo se hallaba anclado indefectiblemente como eje de discusión en torno al derecho, he tenido que resignificar dicha posición cuando luego de algunas conversaciones sostenidas en torno al tema y a otros relacionados con el mismo, colegas y amigos como los Dres. Enrique del Percio y Ximena Endara (ambos docentes de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador) me han incitado a la reflexión en el sentido de que ni siquiera es el positivismo la línea de reflexión mantenida, sino tan solo la visualización del derecho desde lo exegético, desde la *«letra muerta de la ley»*, que es la que impide ver más allá de su estricto sentido literal. De ahí que en esta parte de la reflexión agradezca a los profesionales citados sus comentarios y sugerencias.

9. Entrevista efectuada a uno de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia el día 28 de febrero de 2003. En la misma perspectiva, la argumentación traída a colación reiteradamente por jueces y demás entrevistados es el absurdo de reducir a prisión a las máquinas, enseres y bienes inmuebles que estructuran la persona jurídica. De allí que la concepción de la pena privativa de libertad como estructura «naturalizada» (Bourdieu, 1998) que da *sentido común* y se vivifica en *campus de fuerza*, como es el jurídico, es difícilmente orientable hacia el progreso y el cambio. Dejar de pensar en las cárceles y penitenciarías –o la denominación que se quiera– como el fin último de la represión estatal es una de las tareas que deben mover a todos quienes se hallan inmersos en el trajín de la Academia y el debate jurídico-penal en el Ecuador. Respecto a la relación entre *estructuras estructurantes y estructuras es-*

conjuran una serie de opiniones a esta versión adheridas: la consideración de que plantear una reelaboración de los principios de acción y culpabilidad, y por ende del *societas delinquere non potest* son atentatorias a la individualidad de la voluntad y a esa connotación sociológica, propia del ser humano que esta engloba, no permiten mayores oposiciones, ni aún las de las corrientes realistas mencionadas en el capítulo primero, menos todavía la posición teórica que desde los sistemas luhmannianos explica y sustenta la incriminación penal de las personas jurídicas. El contexto de la reflexión planteada no permite siquiera un ligero resquicio de discusión por el que se pueda iniciar un proceso de debate y discusión en torno al tema; mas bien confirma el retorno ya visibilizado a la corriente del positivismo planteada por la Academia estadounidense, orientada a la búsqueda de estereotipos delincuenciales frente a los que la teoría de Lombrosso es apenas una aproximación ligera al etiquetamiento del ser humano.

De otro lado, la continua recurrencia al tenor literal de la ley, y al *famoso* artículo treinta y dos (32) del Código Penal del Ecuador, que prescribe la *conciencia y voluntad* como elementos constitutivos de la responsabilidad penal, nos enfrentan a una realidad de la que al Ecuador le cuesta apartarse: la interpretación meramente positivista de la norma, más aún, la consideración restrictiva de la *«letra muerta de la ley»*[8] no dan espacios para que el derecho reaccione y se aclimate al entorno social (Luhmann, 2000) en el que se desenvuelve y frente al que se debe como catalizador de orden y seguridad ciuda-

tructuradas que dan lugar a la concepción del *sentido común* de la pena entendida hacia el sufrimiento del delincuente pueden ser abordadas las varias obras de Pierre Bourdieu, *Razones prácticas*, Barcelona, Anagrama, 1997; Pierre Bourdieu y Jean-Claude Passeron, *La reproducción*, Barcelona, Laia, 1979; Pierre Bourdieu, *El sentido práctico*, Madrid, Taurus, 1991; Pierre Bourdieu, *La distinción*, Madrid, Taurus, 1988.

10. Aquí otra muestra de lo señalado: «De modo que cuando hablamos de la persona jurídica como tal estamos hablando de una ficción. *Pretender incriminarla independientemente de sus administradores en un absurdo … no es posible hacerlo*» (las cursivas son mías). Fragmento de una de las varias entrevistas realizadas a jueces de lo penal de la ciudad de Quito. La muestra en particular a la que me refiero fue tomada el día 27 de febrero de 2003 en el interior del Palacio de Justicia de Quito.
11. Sin embargo de que la convergencia final en torno a posibilitar la incriminación penal de la persona jurídica es el factor común de todos quienes se inclinan por dicha innovación doctrinaria –y legal en otras latitudes– me parece que no existe una uniformidad, y ni siquiera una similitud de criterios teórico-doctrinarios, en torno a dar sustento a dichas afirmaciones. La tibieza con la que se ha asumido la discusión jurídica penal en el Ecuador no solo que ha inmovilizado el desarrollo y dinámica de esta esfera del derecho, sino que ha convertido a quienes se desarrollan alrededor de su aplicación y estudio en meros conocedores de las disposiciones positivas vigentes y su adaptación a la casuística de momento. Corroborando lo manifestado, y anunciando que existen dignas excepciones en el Ecuador –como los Dres. Arturo Donoso Castrillón, Ernesto Albán Gómez, entre otros–, la visita a las poquísimas librerías jurídicas de la ciudad de Quito e inclusive de algunas otras ciudades del país, me ha en-

dana. La vigencia de criterios propios del catálogo sustantivo penal ecuatoriano de 1906 –luego trasladado al de 1938– nos incitan, aún con mayor fuerza, a buscar las vías necesarias, tanto en la Academia como en el Foro, para encumbrar el debate y la discusión en torno al tema presentado.

Finalmente, he podido analizar otra variable que se reproduce en todos quienes mantienen el criterio de oposición en torno a abrir las fronteras de la imputación penal hacia los *entes colectivos*, y ésta tiene que ver con la *función de la pena* como respuesta del aparato estatal ante la violación de un bien jurídico penalmente protegido. La generalidad de los entrevistados que adoptan esta perspectiva de análisis *enlazan dicha facultad sancionadora punible del estado con medidas privativas de la libertad* y, por supuesto, la conclusión de lo absurdo de pensar en someter a este tipo de penas a la persona jurídica no es más que la inferencia lógica del razonamiento esgrimido. Por tanto, la posibilidad de recurrir a otro tipo de sanciones reivindicadoras de la norma legal parece no contemplada. En este posicionamiento se inscribe la siguiente reflexión:

> *… La pena desde la antigüedad y hasta la actualidad recae y causa sufrimiento a la persona natural, a la persona jurídica no se la puede hacer sufrir. El concepto moderno de que la pena no es sufrimiento, que no hay vindicta pública, y que los centros de privación de la libertad son correccionales, no per-*

frentado a una realidad que no hacía más que confirmar mis criterios y críticas al Foro y la Judicatura nacional: de lo poco que se había escrito en materia penal, e incluso procesal penal, por parte de autores nacionales, la gran mayoría de las obras –por no decir casi la totalidad de las mismas– eran de aquellas que se limitaban a transcribir las normas legales positivas, efectuar a continuación un breve comentario a las mismas, desde la interpretación gramatical por supuesto, para finalmente entregar un «modelo» de cómo elaborar un escrito judicial en el que se haga alusión a la casuística planteada. Los textos «más avanzados» entregan adicionalmente, luego de los ejercicios señalados, una transcripción de las providencias, autos o sentencias que eventualmente serian la contestación a la «correspondencia» enviada por parte de los justiciables al órgano de administración de justicia. Bajo esa estructuración del conocimiento que instrumentaliza al derecho es difícil posibilitar la reflexión, la crítica y la autodepuración del mismo.

12. La citada argumentación no es construida solo en el medio nacional, sino que es parte, en cierta medida, de la fundamentación otorgada por la Dra. Silvina Bacigalupo cuando, refiriéndose al mismo tema en la legislación española, apunta que la existencia de sanciones incriminatorias a la persona jurídica dejan entrever que la renovación del juicio de atribuibilidad hacia facetas en las que la incriminación penal no se dirija exclusivamente al ser humano se halla presente. Sin embargo, la discusión es más compleja y va más allá de lo hasta aquí esgrimido, y tiene que ver con la pregunta que inmediatamente surge y que tiene que ver con la dilucidación en torno a considerar si aquellas sanciones que sirven de sustento al posicionamiento mencionado son de origen penal en sí mismas o si pertenecen a otra esfera del derecho. Si la reflexión nos enfila por el segundo supuesto, entonces la argumentación dada cae indefectiblemente.

miten, aún hablando de correccionales, el preguntarse ¿cómo se va a corregir a la persona jurídica? A las sociedades (refiriéndose a las personas jurídicas) *no se las va a corregir. ¿A corregirlas de qué? … ¿Reeducándolas?, ¿Dándoles lecciones? … eso es imposible*[9] (las cursivas son mías).

13. Al respecto, cito un fragmento de una de las entrevistas efectuadas a uno de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia el día viernes 28 de febrero de 2003, quien al referirse a la posibilidad de incriminar penalmente a las personas jurídicas señalaba: « … Hay leyes como las que usted bien menciona (previamente el investigador había citado la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y el conjunto normativo que tienen que ver con la protección del medio ambiente), y yo mencionaría la Ley de Instituciones del Sistema Financiero, el artículo treinta y tres si no estoy equivocado, que habla de las consecuencias de liquidación, suspensión de licencias, etc. de las personas jurídicas cuando se involucran en delitos penales económicos; y la Ley de Estupefacientes en la parte de las contravenciones, las penas contravencionales son todas para personas jurídicas: por ejemplo, farmacéuticas que han despachado recetas ilegales, etc.; pero hay por tanto sanciones penales para personas jurídicas. *Si*

Parecería que el ejercicio de desligar a la actividad de la persona natural de aquella relacionada con la persona jurídica –como ente autónomo de decisión, acción u omisión– es difícilmente concebible, principalmente a partir del alineamiento provocado entre la voluntad del sujeto activo del hecho incriminoso y el ejercicio anterior, interno, de orden sicológico, que sirve de catalizador entre lo subjetivo y la materialización fáctica del hecho sujeto a represión estatal.[10]

En todo caso, la argumentación y respeto hacia tales posiciones jurídicas y doctrinarias es parte también del ejercicio investigativo planteado en el trabajo y es quizás esa confrontación de ideas halladas en la investigación de campo las que mayor riqueza y perspectivas de análisis proveen a la Academia, al Foro y a la Judicatura.

De otro lado, en la posición contraria a la citada hallamos a quienes, desde la Judicatura, consideran que la realidad de los hechos, las transformaciones a las que los grupos societales se han visto inmersas, sobre todo por los adelantos de la tecnología y la avidez con que las comunicaciones permiten interactuar a los seres humanos –a la par de complejizar las relaciones comerciales entre los diversos agentes económicos– no pueden dejar de tocar las puertas del derecho penal y requerir la adaptación del mismo a dicha dinámica social. Sin embargo, el principal argumento que da sustento a la responsabilidad penal de las personas jurídicas varía entre uno y otro entrevistado;[11] a pesar de ello, a continuación, recalco en uno de los puntos de vista que con mayor insistencia se infiere por parte de Jueces y Magistrados al momento de señalar, eminentemente en el plano doctrinario, aunque con posibles vertientes hacia la realidad misma de la legislación nacional, que la orientación del

hay sanciones penales para personas jurídicas lo lógico es que para poder proponer la sanción tenga yo que establecer la culpabilidad de la persona jurídica. Este es un tema que, como recalco, está en absoluta discusión, pero yo si creo que desde el punto de vista de la legislación podríamos encontrar no muchas normas pero si algunas de ellas en donde podríamos encontrar la base para hablar de que hay responsabilidad penal de las personas jurídicas» (las cursivas son mías).

14. Esos códigos de conducta a los que me refiero son aquellas normas no escritas que establecen las bases del juego y la dinámica de las relaciones comerciales en determinadas organizaciones sociales. Dichas estrategias –generalmente ilegales– para alcanzar determinados fines específicos, en el caso del Ecuador, se las puede visibilizar en el tristemente célebre «*honorable y razonable diez por ciento*», *naturalizado* como porcentaje destinado a coimas y demás medios de forjamiento de voluntades en la adjudicación de contratos o concesiones emanadas desde el sector público (aunque no solo desde aquél) y que constituye parte de la lógica de las negociaciones con las que deben convivir las empresas y en general los agentes económicos. En este punto, me atrevería a mencionar que es precisamente ese conjunto de *conductas subterráneas* las que han impedido que un diseño institucional tan frágil y retrógrada como el ecuatoriano colapse.

juicio de atribuibilidad hacia las personas no naturales es viable y debería ser recogido, de forma expresa, por la normativa.

La argumentación básica gira en torno a señalar que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano existen determinados cuerpos legales, como la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (en cuyo caso no comparto la inmersión en la esfera de lo penal dada a dicha ley), el conjunto de disposiciones tuitivas del medio ambiente, la Ley de Instituciones del Sistema Financiero Nacional, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, entre otras, que contienen sanciones que se hallan dirigidas, en algunos casos, *exclusivamente hacia las personas jurídicas que han intervenido en el cometimiento de los ilícitos allí descritos*. Por tanto, si estamos sometidos a determinados cuerpos jurídicos de sanción y represión en los que el sujeto al que se orienta la atribución de la respuesta estatal es un ente *no humano*, entonces la inferencia en torno a determinar que dichas *penas* –si cabe el término– están considerando un derecho penal dirigido hacia la incriminación de las personas jurídicas es implícitamente viable, aunque normativamente dicha posibilidad se halle obstruida por la vigencia de los viejos principios doctrinarios de la acción y la culpabilidad como elementos dogmáticos de la teoría del delito.[12]

Sin embargo de la fortaleza aparente de la argumentación citada, enseguida surge la inquietud que constituye el *plus* del sustento de aquélla: ¿son aquellas sanciones de naturaleza estrictamente penal y por tanto constituyen el ejercicio de la actividad estatal de respuesta frente a la reproducción de una conducta descrita como típica, o son exteriorizaciones del *derecho administrativo sancionador*, y por tanto inscritas en otra esfera de discusión y análisis? Ahí emana entonces otro abanico de inquietudes y reflexiones interminables: ¿el cuerpo normativo al que se halla adscrita la conducta y la sanción tiene connotaciones penales (v. gr. la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor), ¿se trata de sanciones principales y por tanto autónomas y provistas de funcionalidad autorreferente? o ¿son simples artefactos accesorios que se articulan contra la persona jurídica, pero simplemente de forma tangencial o como producto de una acción, esa si criminal, reproducida por una persona natural?

Por tanto, cuando de la posibilidad de incriminar penalmente a las personas jurídicas se trata, la argumentación –desde los sectores señalados– parte de la naturaleza de las penas impuestas,[13] considerando que aquellas constituyen sanciones penales *per se* y por tanto orientadas a la *prevención general positiva*, noción ésta última que iría a tono con la argumentación teórica que he mantenido en el capítulo primero para justificar desde una perspectiva sistémica la viabilidad de declarar la incriminación de la persona jurídica

15. Respecto al punto mencionado, aunque parecería debidamente sustentada la disquisición entre voluntad personal y voluntad corporativa, para denominarla de alguna manera, hemos vis-

transmisora de *comunicaciones dañosas*, que alteran el orden y la seguridad del sistema social y frente a las que el *subsistema jurídico* tiene la necesidad de aprehenderlas, decantarlas a través de su *código binario* (legal / ilegal) y expulsarlas nuevamente al *entorno* una vez que han sido reelaboradas, vía imposición de penas.

Finalmente, al confrontar el tema álgido de la voluntad como ejercicio necesario en el orden objetivo para proceder al *juicio de atribuibilidad* (Zavala, 1990) del sujeto activo de la relación jurídico-penal, la consistencia de la connotación anclada al ser humano, sostenida por los tratadistas clásicos del derecho penal (Jiménez de Asúa, 1950), pasa a ser reconsiderada cuando juzgamos que la dinámica de las relaciones económicas, el proceso de globalización –que es también matizado con connotaciones nacionalistas, por lo que hay quienes hablan de lo *glolocal*, con Castells– y en si la voracidad con que las comunicaciones aceleran los niveles de interacción de los actores sociales (no solo de las personas naturales), nos enfrentan a la necesidad de recurrir a la empresa, la corporación o los entes colectivos en sí mismos con el fin de que estos sean el instrumento necesario para el mejor desenvolvimiento de las actividades y negocios comerciales, bursátiles, financieros y económicos en general.

De allí que la *confrontación entre la voluntad de los gestores de la empresa y la voluntad propia del negocio como tal* parece presentar una nueva perspectiva, bajo la cual la independencia de cada una de ellas implicaría además una reconceptualización de la noción de voluntad, y con ella de los principios y paradigmas del derecho penal, a los que se ha hecho alocución a lo largo del presente trabajo.

Y en esta suerte de dilucidación entre la independencia de procederes de personas naturales y personas jurídicas o su cristalización alrededor de una sola capacidad de decisión es que el criterio, minoritario por cierto, de algunos jueces y Magistrados se inclina por la primera de las opciones, considerando que la propia dinámica de las relaciones sociales contemporáneas obligan a la empresa a asumir ciertos *códigos de actuación* –no siempre enmarcados en la esfera de lo lícito– que surgen como una suerte de *aclimatación* a ciertas *lógicas de conducta* que aprisionan al sistema social[14] y frente a las que es cuestionable anclar el desempeño y giro del negocio jurídico empresarial a la facultad volitiva del gerente o gestor de turno, quien en definitiva se ve aprisionado por un juego de estrategias ante las que le es difícil (¿o acaso imposible?) escapar.

to en páginas anteriores cómo la posición tradicional se opone a cualquier forma de análisis de la acción del sujeto pasivo activo desligada de la noción del ser humano. Sin embargo, es reconfortante escuchar criterios como el siguiente, tomado de uno de nuestros entrevistados, juez del máximo órgano de administración de justicia del Ecuador: «… La teoría de la vo-

A partir de tal premisa entonces se puede decir que quizás más injusto resulte el sancionar a la persona natural que representa a la de orden jurídico que hacerlo directamente a aquella corporación, sociedad o ente colectivo responsable del injusto penal,[15] sin que por ello se pretenda dejar de lado la plena atribución del aparato estatal a incriminar directamente a los administradores, factores, etc. cuando sea del caso y se establezca su incidencia en la reproducción del hecho incriminoso.

De la doctrina y la ley a la aplicabilidad procesal: posiciones judiciales frente a la imputabilidad penal de la persona natural y jurídica en delitos económicos. Análisis de procesos penales controvertidos

En esta parte del trabajo se ha recurrido a la investigación de archivo[16] como complementaria de los instrumentos metodológicos ya citados. El objetivo primordial era desentrañar si en el Ecuador existían fallos judiciales o inclusive Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la problemática que hemos venido desarrollando. En nuestro cometido, las *lógicas de comportamiento* bajo las que se desenvuelven determinados empleados de la Función Judicial de nuestro país sumado al alejamiento del investigador de los *«escenarios judiciales»* durante algún tiempo, dificultaron en alguna medida la recopilación de datos e información, pero en todo caso las guías recabadas fueron suficientes para llegar a conclusiones nada esperanzadoras y reveladoras también del *estado del arte* en cuanto al tema en discusión.

luntad tradicional, que ve a la voluntad como algo inherente, propio de la persona natural, *no tiene asidero en la realidad, más allá de doctrinas que se han basado tradicionalmente en criterios hoy superados*» (las cursivas son mías). La entrevista citada fue efectuada el día 28 de febrero de 2003 en el Palacio de Justicia de la ciudad de Quito D.M.

16. La investigación citada se limitó fundamentalmente al Archivo General de la Corte Suprema de Justicia, en Quito, y a los archivos individuales de algunos de los juzgados y tribunales de lo penal de la provincia de Pichincha, con asiento en esta ciudad de Quito. La muestra fue tomada diez años atrás (1992-2002) y la justificación del corte histórico se halla dada por el inicio de los procesos de apertura comercial y económica, y la reforma del estado como eje transversal de ellos, dada en aquella época, y que suscitó que, *a posteriori*, esta sea considerada como una de las razones que dieron lugar a la caída sucesiva de las instituciones financieras en nuestro país, cuyo clímax fue la crisis del año 1998.
17. Entrevista efectuada el día viernes 28 de febrero de 2003 en el Palacio de Justicia de Quito a uno de los ministros-jueces de la Corte Suprema de Justicia.
18. Conocí muy de cerca el caso del Banco de Préstamos S.A. al ser parte del equipo de asesores jurídicos contratados por la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) para diseñar el procedimiento de saneamiento –establecido en la Ley de Instituciones del Sistema Financiero Nacional– para esa entidad financiera, una vez que fue sometida a dicha declaratoria por parte de la Superintendencia de Bancos. En ese proceso hay muchas verdades que han salido a

De hecho, no existen –en el espacio de tiempo investigado– sentencias dictadas por ninguno de los niveles jurisdiccionales en las que se avizore al menos la posibilidad de incriminar penalmente a la persona jurídica; es más, la jurisprudencia penal dictada hasta el momento por parte de la Corte Suprema de Justicia tampoco se acerca siquiera a una discusión o debate en torno al tema, por lo que la inmovilidad, retraso y sencillez del análisis jurídico en el país ha sido nuevamente demostrado con esta ligera comprobación de campo.

Aún más, no se avizora a un futuro cercano que exista siquiera la inmersión de la problemática planteada en las esferas judiciales de nuestro país, dadas las connotaciones que rodean a la discursividad jurídica planteada, sobre todo en materia penal. La constatación empírica de la relativa ausencia de posiciones respecto al tema en mención, sumada a la impresión que en torno al mismo surgió desde uno de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no dan mayores espacios de argumentación y discusión de posiciones, sino tan solo nos conducen a la construcción, desde la Academia, de espacios de debate en los que se diseñen estrategias tendientes a motivar el desarrollo, el progreso y el despertar (no digo resurgimiento porque quizás nunca tuvo formas dinámicas de interactuación social) del derecho penal en nuestro país. Las lapidarias expresiones de un Magistrado, con las que concluyo esta parte, deben llamar a la reflexión:

> la luz pero también hay otras que, lamentablemente, permanecerán escondidas tras el velo de la responsabilidad personal de la acción penal, precisamente. Luego de varias lecturas, análisis y comentarios efectuados con colegas y sobre todo con la gente que laboró en esa institución bancaria durante su tiempo de gestión operativa, pude comprender que más de uno de los que aún se encuentran impedidos de ejercer una defensa jurídica certera por hallarse prófugos, fueron personas que no actuaron con conciencia y voluntad prístina en los sucesos que dieron lugar a la caída del Banco de Préstamos S.A. La única argumentación, suficiente para algunos y esgrimida en contra de aquellos, fue reproducir a lo largo del proceso y de los autos la certificación de la calidad de representantes legales que tales funcionarios ostentaban en esa época. De acuerdo al derecho penal tradicional y a sus defensores, dicha interpretación es por demás correcta; sin embargo, para quienes creemos en una justicia penal «justa», tanto el conjunto de fallos judiciales que afectan a tales personas como la impunidad con la que libremente transitan quienes, sin haber ostentado la calidad de gerentes o administradores fueron los verdaderos autores de los perjuicios causados a miles de personas, constituyen una lacra imborrable en la administración de justicia del Ecuador.

19. Tan es así que en el proceso penal seguido contra los administradores del Banco de Préstamos S.A. solo dos o tres personas han sido las que han afrontado los procesos penales iniciados; el resto, los *no representantes* fueron sobreseídos provisional o definitivamente.
20. La observación participante es uno de los instrumentos metodológicos de las ciencias sociales por medio del que se aprehenden determinadas conductas o consideraciones de la realidad social, en una coyuntura histórica determinada, a través de la percepción de representaciones en las que, quien realiza la actividad de investigación, forma parte del desarrollo y desenvolvimiento del escenario suscitado. En el presente caso, mi actividad en el libre ejercicio profesional durante más de dos años y el tiempo que como estudiante de derecho siem-

> … Puesto que en el derecho penal las interpretaciones son restrictivas, hay el peligro de que si uno (como juez) de alguna manera amplía sus horizontes para ir más allá de lo que la ley plantea en el sentido estrictamente literal, se considere que se está haciendo interpretaciones extensivas, analógicas, etc. Ahí somos muy conservadores en el análisis jurídico, sobre todo en el derecho penal. Esto hace que *en la Corte yo no conozca y no creo que en el futuro cercano se vaya a conocer, Resoluciones en donde se atrevan los jueces y magistrados a poner la responsabilidad de la persona jurídica, porque estoy seguro de que inmediatamente iniciarán un juicio de prevaricato. Porque somos conservadores, nuestro país es un país conservador, pero en el peor de los sentidos, no es en el sentido positivo del respeto a ciertos valores, a nuestra cultura, sino en el peor de los sentidos; es decir, conservar, así simplemente, porque tenemos miedo al cambio y al riesgo respecto a una serie de cosas que son absolutamente superadas en el resto del planeta* … (las cursivas son mías).[17]

De ahí es lógico inferir que en los procesos judiciales que mayor trascendencia adquirieron a lo largo de los últimos cinco años –por el nivel de alarma social causado, la gravedad de la lesión causada en los bienes jurídicos penalmente protegidos y fundamentalmente por la *resonancia* que dichas *comunicaciones dañosas* causaron en los subsistemas en particular y en el sistema social en general– y que se refieren fundamentalmente al juzgamiento de los hechos delictivos en los que varias instituciones financieras del país fueron protagonistas, la actividad coercitiva del aparato estatal se haya dirigido tan solo hacia las personas naturales que manejaban tales negocios, «*precautelando*» así la orientación personalista dada a la acción y la culpabilidad en materia penal, y dejando de lado la persecución no solo de la propia persona jurídica como tal, sino incluso de quienes amparados en la ausencia de representación legal fueron artífices –materiales e intelectuales– de los delitos financieros perpetrados desde la banca nacional.

La dinámica de la actividad empresarial de fines del siglo XX e inicios del siglo XXI es tan compleja que existen ocasiones en las que la incriminación de la persona natural por los actos realizados por su *mandante* resulta ab-

pre estuve *«en los corrillos judiciales»* me permiten recurrir a dicha herramienta metodológica. Sobre la observación participante, sus técnicas y demás consideraciones se puede citar a M.T. Anguera, *Metodología de la observación en las ciencias humanas*, Madrid, Cátedra, 1989, pp. 19-31, 125-143; J. Maestre Alonso, «La observación participante», en *La Investigación en Antropología Social*, Madrid, Akal Editor, 1969, pp. 29-69; R. Sánchez Serrano, «La observación participante como escenario y configuración de la diversidad de significados», en María Luisa Tarres, *Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*, México, Grupo Editorial Porrúa, 2001, pp. 97-134; y S.G. Tylor y R. Bogdan, *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Barcelona, Paidós, 1987, pp. 31-99.

solutamente injusta, dado que la amplitud de información que se maneja en un centro operativo múltiple como es la empresa –y con mayor razón si se trata de instituciones financieras– torna físicamente imposible que sus factores o representantes legales conozcan de la totalidad de las actividades y gestiones efectuadas dentro del mercado comercial y económico en general. Luego, la duda en torno a considerar si la voluntad de la persona natural –en este caso del gerente o administrador– implica la voluntad institucional, movida por orientaciones plenamente autorreferidas, es plenamente viable. De allí a plantearse un re-pensar de la tendencia tradicional de la teoría de la representación, la teoría del sujeto penal y las nociones clásicas de acción y culpabilidad, hay un solo paso, obstruido simplemente por el *«miedo al cambio»* mencionado por uno de nuestros entrevistados.

No por ello se quiere afirmar que en las casuísticas citadas y en específico dentro de los procesos judiciales iniciados contra los principales personeros y administradores de varias instituciones financieras ecuatorianas (v. gr. caso Banco de Préstamos, Banco del Progreso o Filanbanco) se haya reproducido dicho *injusto*, pero si se pretende alertar de la posibilidad que en sociedades tan complejizadas como las nuestras dicho escenario pueda plantearse,[18] si es que de hecho no se ha verificado ya en el desarrollo de las causas penales citadas y que han sido motivo de resolución judicial en los últimos tiempos.

Como ya manifesté en líneas anteriores, a raíz de dicha composición tradicional de los elementos de la teoría del delito también se puede arribar a

21. Los grupos focales, tal como se ha mencionado, son una suerte de pequeñas muestras de criterios en torno a determinado tema en los que la interacción entre los participantes da lugar a conclusiones que son aprehendidas por el investigador y luego comprobadas con otras evidencias encontradas en el trabajo investigativo. Sobre el citado instrumento de análisis se puede recurrir a J. Aubel, *Directrices para estudios en base a la técnica de grupos focales*, Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo, 1994; y G. Margel, «Para que el sujeto tenga la palabra: presentación y transformación de la técnica de grupo de discusión desde la perspectiva de Jesús Ibáñez», en María Luisa Tarres, *op. cit.*, pp. 199-224.
22. El Magistrado citado, así como varios de los abogados en libre ejercicio consultados, son profesores universitarios, y en ambas facetas de la investigación dichos sectores de análisis me han indicado que *en la cátedra han manifestado que la dificultad de sancionar a la persona jurídica se puede visibilizar de forma clara con la imposibilidad de trasladar hasta alguno de los centros de rehabilitación social a los edificios, bienes muebles y demás enseres de las personas jurídicas eventualmente sancionadas.* El absurdo de la privación de la libertad a la persona jurídica, como titulé uno de los apartados del capítulo primero se torna así no por la inconsistencia de dicha premisa, sino por la banalidad de razonamientos de quienes asocian indefectiblemente los centros de privación de libertad con la sanción punible emanada del estado, al más puro estilo fascista de inicio de siglo.
23. La posición mantenida en parte del Foro y entre algunos de los profesionales del derecho que laboran en la Función Judicial, en torno a señalar la inexistencia de distinción de voluntades

hechos aún más difíciles de resolver: si la incriminación va dirigida hacia quienes ejercen actividades de mandatarios o representantes de las personas jurídicas, bien podrían los hechos delictivos ser generados desde otros personeros de las empresas –en este caso las instituciones financieras– que, sin mantener poder alguno de representación, constituyan el eje de las acciones y gestiones del negocio específico. Así, cuando los tradicionalistas hablan de lo injusto de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, la reflexión planteada parece degenerar en decisiones judiciales todavía mas injustas que las que se pretende evitar; más aún si consideramos que, dada la orientación hacia el *seudo positivismo* de nuestros jueces y Magistrados, basta con demostrar dentro de un proceso la ausencia de facultades de representación legal de una persona natural sobre una de naturaleza jurídica para ser liberado de cualquier responsabilidad penal.[19]

2. LA SANCIÓN PUNIBLE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL EFECTO DE LA REPRESIÓN ESTATAL Y LA ESTABILIDAD DEL DERECHO PENAL. UN ENFOQUE DESDE EL FORO

Para esta última recopilación me he servido, además de las entrevistas en profundidad, de otros instrumentos de análisis social, tales como la *observación participante*[20] *y los grupos focales*.[21] Con la primera de las mencionadas he podido concebir las percepciones y el *imaginario* alrededor del que se concibe la posibilidad de incriminar penalmente a las personas jurídicas; y con el segundo me ha sido factible recabar información valiosa dentro de pequeños grupos de discusión elaborados no solo en el Foro sino también entre colegas ligados a las actividades académicas. Las conclusiones a las que he arribado no distan en mayor medida de los posicionamientos verificados entre quienes imparten justicia, pero de todas maneras vuelven a ser recreadas.

Hay dos percepciones que se pueden visibilizar nítidamente luego de la investigación efectuada; de un lado, la consideración de que reducir a prisión a las personas jurídicas es imposible, por no utilizar los adjetivos realmente expresados; y de otro lado, la consideración de que sí existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestra legislación, a partir de la atribución de las consecuencias dañosas del hecho incriminoso a sus representantes y mandatarios. En el primer caso, la limitación del análisis a la pena privativa de libertad como el baluarte del derecho penal, y en el segundo, la errada concepción de una uniformidad de acciones que parten desde la voluntad individual y se exteriorizan en la actividad de la persona jurídica, como colectivo no autorreferente, son los principales matices de los criterios recabados alrededor del Foro.

En primera instancia, la asimilación de la pena como un ejercicio de respuesta estatal por el que se obtiene el escarnio del delincuente, entendiéndose a aquél como la orientación de la sanción penal hacia el sufrimiento del reo, es difícilmente dejada de lado. Por el contrario, la búsqueda de mecanismos que aumenten los tiempos de las condenas –y los suplicios– como forma de mejorar la *acción preventiva individual de la pena* son las principales respuestas ante la necesidad de cambio y transformación en los tejidos sociales. De allí que, si la persona jurídica no puede ser encarcelada, olvidando otro tipo de penas aún más eficaces que la prisión o la reclusión, entonces no existe mérito alguno para pensar en dicha posibilidad, que constituye no otra cosa que *«desperdiciar el tiempo»,* conforme me manifestó tajantemente un Ministro Juez de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.[22]

De otro lado, el *sentido común naturalizado* (Bourdieu, 1998) en torno a establecer que sí existe responsabilidad penal de las personas jurídicas

plenamente consagrada en nuestra legislación, y que por tanto mayores disquisiciones al respecto son inoperantes, dada la evidencia del hecho me lleva a señalar el sustento que da motivo a dicha reflexión. La posición, compartida por un buen porcentaje de profesionales del derecho examinados, señala que cuando una *persona moral* –hablando en términos del derecho francés– ha reproducido una conducta descrita como delictiva, son sus administradores los que *asumen la responsabilidad de la misma*, surgiendo de esta forma una suerte de *reificación* de la ficción del ente jurídico (Monroy Cabra, 1998) en la persona natural que ejerce las actividades de mandatario, gestor o administrador de negocios, en términos generales.

La *visión organicista* del derecho penal y de la persona jurídica en específico, así como la traslación de la voluntad personal hacia una mera exteriorización de la misma en función de la actividad de la empresa, parecen ser los ejes de la reflexión planteada,[23] dejando de lado, por supuesto, la consideración de que los entes colectivos *per se* mantiene intereses y objetivos independientes[24] de la capacidad cognitiva y subjetiva de quienes actúan a su nombre, por lo que la distinción de voluntades entre representado y representante parecerían evidentes, a tal extremo que, cuando un gerente, mandatario o agente es cesado en sus funciones, la estructura interna y la orientación dentro del escenario de agentes y actores económicos que representa la empresa no varía en absoluto.

Para finalizar, tan solo me limito a señalar que muchas argumentaciones y razonamientos en sentidos diversos –algunos insospechados– son los que se ha podido aprehender a lo largo de la investigación, pero lo único cierto y que efectivamente no ha sido rebatido –a no ser por quienes piensan en la *«pérdida de tiempo»* que constituye la teorización– es que la necesidad de iniciar un proceso de discusión, debate y confrontación de ideas alrededor de este tema es indispensable, y para ello la función de la Universidad y de la Academia en términos generales parece que ha sido desplazada por otro tipo de enfoque, menos crítico y más orientado *«hacia el mercado»*.

De mi transitar por varias universidades y centros de educación posgradista –a raíz de otro ejercicio investigativo en el que me encuentro empeñado[25]–, he podido observar que el derecho penal como tal, y en específico esta nueva área del mismo, el penal económico, mantienen poca atención en un universo de orientaciones educacionales dirigidas hacia la *profesionalización de los educandos* (Levy, 2000; Acosta, 2001) y en las que, cada vez con mayor intensidad, se siente la desidia y la *«pérdida de tiempo»* que constituye la reflexión teórica y la criticidad que desde la universidad, como foco de orientación social y política, debería irradiarse hacia la sociedad en general.

Como respuesta al *reduccionismo tecnocrático y de gestión* afincado en la educación superior y en aras de generar opinión y puntos de vista pro-

pios desde la Academia ecuatoriana, este trabajo está orientado precisamente a develar un campo hasta ahora casi inexpugnado en nuestro país, y del que su discusión y enfrentamiento podría desembocar en una realineación de la ciencia jurídica –o de la técnica jurídica para quienes así lo pensamos– en el Ecuador. Sin embargo, si nos situamos desde la otra orilla, el ejercicio de teorización planteado escapa a utilidades prácticas, por lo que su destino indefectible debe hallarse en los inconmensurables anaqueles de los archivos y de la simple evocación de estas líneas como una formalidad mas dentro de la institucionalidad burocrática.

Conclusiones

a) La complejización en la que se desenvuelven las sociedades obliga a una rearticulación de principios, estructuras y narrativas que, en el afán de alcanzar la cohesión social, impiden la aclimatación de los diferentes campos del saber a las lógicas de convivencia social imperantes.
b) Los avances tecnológicos, y sobre todo los relacionados con las comunicaciones y su influencia directa en las interrelaciones societales, presentan un panorama de análisis en el que su trascendencia y estructura performativa traslada la noción antropocéntrica hacia una consideración secundaria de la misma como categoría de análisis social.
c) Bajo una perspectiva holística, en la que se concibe a la sociedad como un conjunto de subsistemas autorreferidos, con ejercicio permanente de autorreproducción y autoobservación a partir de cargas valóricas propias de cada uno de ellos, la atención hacia las comunicaciones como eje articulador del entorno social, descrito como todo lo extraño a cada subsistema, permite que cada estructura se nutra de los sucesos comunicacionales que le ayudan a desarrollarse hacia adentro y a la vez le posibilitan expulsar la carga no asumible para su autogeneración. De allí a considerar a las comunicaciones como el nuevo centro de imputación y punto de partida para el análisis de los fenómenos sociales y de la imputación penal en particular existe tan solo un paso.
d) En el permanente circular de las comunicaciones alrededor de los subsistemas –a la espera de ser aprehendidas por uno o varios de ellos–, la reproducción de sucesos o acontecimientos que entrañan la violación a textos diseñados desde el subsistema jurídico –léase normas penales– implica la reacción de éste frente a la comunicación que está alterando el orden de los sistemas en general. Dicha respuesta se la encasilla alrededor de una pena, fruto de la acción persecutoria dirigida contra uno o varios sucesos –complejidades– que actúan como centros de imputación criminal, independientemente de quien exteriorice el mecanismo de transmisión. De allí la responsabilidad penal de los entes no humanos parece hallarse teóricamente fundamentada.

e) Si la sociedad está compuesta de comunicaciones y nada más que de comunicaciones, parafraseando a Luhmann, y el ser humano forma parte de uno más de los subsistemas –el síquico–, la noción de la acción de la persona natural como antecedente fundamental de la actividad sancionadora del aparato estatal parece desvanecerse indefectiblemente. Por tanto, del ser humano sujeto de incriminación punible arribamos a las *comunicaciones como centro de atribución de responsabilidad penal*. Luego, la persona jurídica, o las comunicaciones que a través de ella se transmiten, son sujetos de respuesta punible cuando las mismas sean *dañosas* y alteren el orden y tranquilidad del subsistema jurídico y del sistema social en general.
f) Desde la reflexión sistémica planteada hasta la aplicabilidad en el subsistema jurídico de dicha hipótesis la brecha parece demasiado pronunciada, no por la densidad de lo teórico ni de la argumentación en sí, sino por la circunscripción de la discursividad jurídica nacional –y quizás andina– a partir del análisis literal de la norma legal, que impide abrir las fronteras de discusión y debate, orientadas siempre a la búsqueda de que el derecho y su funcionalidad como tal no sean relegadas por un proceso cada vez más complejo de reacomodo de los subsistemas sociales. Mantener la inamovilidad de la normativa y de los paradigmas que detrás de ella guardan sustento corre el riesgo, a corto plazo, de colapsar al subsistema jurídico y de allí trasladar dicha resonancia hacia el sistema social en su totalidad.
g) Si el ejercicio teórico planteado se percibe denso, dicha complejidad es propia del derecho y su actividad dentro de los tejidos sociales. Aunar esfuerzos desde la Academia, el Foro y la Judicatura en torno a desentrañar conceptos abstractos y trasladarlos a una normativa justa y moderna, que otorgue seguridad y orden a los asociados, parecería constituir el principal reto inferido de la investigación planteada.

Bibliografía

Aboso, Gustavo Eduardo; Abraldes, Sandro Fabio. *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal*, Buenos Aires, Editorial B de F. 2000.

Acevedo Pinzón, Bertha. *La responsabilidad de las personas jurídicas*, Bogotá, La Meta, 1967.

Allison, Graham. *La esencia de la decisión*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1988.

Anguera, M.T. *Metodología de la observación en las ciencias humanas*, Madrid, Cátedra, 1989.

Aristóteles. *La política*, Barcelona, Los Libros de Plon, 1981.

Aubel, J. *Directrices para estudios en base a la técnica de grupos focales*, Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo, 1994.

Bacigalupo Silvina. «La problemática del sujeto en el derecho penal», en revista *Alegatos*, No. 40, México, Universidad Autónoma de México-Azcaptpotzalco, 1998.

———*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosh S.A., 1998.

Bajo Fernández, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la empresa*, Madrid, Civitas S.A., 1978.

Bajo Fernández, Miguel; Bacigalupo, Silvina. *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001.

Basabe, Santiago. «De la teoría de la acción social parsoniana a la organización de sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann. Una visión del tránsito hacia la *sociedad sin hombres*», en *Revista virtual de la Asociación Latinoamericana de Estudiantes, Egresados y Graduados en Ciencia Política - Capítulo Ecuador,* www.geocities.com/alegcipol.

———«De la formulación de propuestas educativas para el mercado a la construcción de espacios de reflexión y criticidad. La crisis de la universidad latinoamericana y sus posibles salidas: el caso ecuatoriano», en *Revista del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO 2002-2003* (en prensa).

Bourdieu, Pierre. *La distinción*, Madrid, Taurus, 1988.

———*El sentido práctico*, Madrid, Taurus, 1991.

———*Razones prácticas*, Barcelona, Anagrama, 1997.

Bourdieu, Pierre; Passeron, Jean-Claude. *La reproducción*, Barcelona, Laia, 1979.

Fierro-Méndez, Heliodoro. *La casación penal*, Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 2000.

Gabás, Raúl; Habermas, J. *Dominio técnico y comunidad lingüística*, Madrid, Ariel, 1980.

Gallardo Zavala, Jorge. *Crisis financieras*, Guayaquil, Universidad del Pacífico, 2001.
García Amado, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
García Ruiz, Pablo. *Poder y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.
González, Luis Armando. «Teoría crítica versus teoría de los sistemas: la confrontación Luhmann-Habermas», inédito, México D.F., 1992.
Guerrero Vivanco, Walter. *El sistema acusatorio oral*, Quito, Pudeleco Editores S.A., 1998.
Habermas, Jürgen. «La ciencia y la tecnología como ideología», en varios autores, *Estudios de la sociología de la ciencia*, Madrid, Alianza Universidad, 1972.
———*Crisis de legitimidad en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrou, 1980.
———*Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1989.
———*La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1990.
———«Discusión con Niklas Luhmann (1971): ¿teoría sistémica de la sociedad o teoría crítica de la sociedad?», en *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1990.
———*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
Hendler, Edmundo. *La responsabilidad penal de los directivos de instituciones financieras*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
Hirch, Hans. *Derecho penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.
Hobbes, Thomas. *El leviatán*, Madrid, Alianza, 1993.
Hunt, Diana. *Economic Theories of Development: an analysis of competing paradigms*, Maryland, Barnes & Nobles Books, 1989.
Izuzquiza, I. *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990.
Kelsen, Hans. *Teoría general del estado*, México, Editora Nacional, 1950.
Libster, Mauricio. *Delitos ecológicos*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
Locke, John. «Dos ensayos sobre el gobierno civil», en *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*, México, Grijalbo, Colección 70, 1970.
Luhmann, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Buenos Aires, Paidós, 1990.
———*La ciencia de la sociedad*, México, Anthropos Editorial del Hombre, 1990.
———*Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, Alianza / Universidad Iberoamericana, 1991.
———*La sociología del riesgo*, México, Triana / Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1998.
———*Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998.
———*El derecho de la sociedad*, texto traducido del alemán «Das Recht der Gesellschaft», Frankfurt, Suhrkamp, 1998. Sin autorización para su edición.
Luhmann, Niklas; Raffaele, de Georgi. *Teoría de la sociedad*, México, Universidad de Guadalajara / Universidad Iberoamericana / Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.
Lyotard, Francois. *La postmodernidad (explicada a los niños)*, Madrid, Gedisa, 1987.

Maestre Alonso, J. «La observación participante», en *La investigación en antropología social*, Madrid, Akal Editor, 1969; R. Sánchez Serrano, «La observación participante como escenario y configuración de la diversidad de significados», en María Luisa Tarres, *Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*, México, Grupo Editorial Porrúa, 2001.

Margel, G. «Para que el sujeto tenga la palabra: presentación y transformación de la técnica de grupo de discusión desde la perspectiva de Jesús Ibáñez», en María Luisa Tarres, *Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*, México, Grupo Editorial Porrúa, 2001.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al derecho*, Bogotá, Temis, 1986.

Mora Navarro, Fanny Verónica. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos», tesina de licenciatura previa a la obtención del título de abogado de los tribunales de justicia, Quito, Pontifica Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, 2002.

Morán, Luz María. «Sociedad, cultura y política: continuidad y novedad en el análisis cultural», en revista *Zona Abierta*, No. 77/78, Madrid, Siglo XXI, 1996-1997.

Muñoz Conde, Francisco. «Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos», en *Revista Penal*, No. 1, Barcelona, Praxis, 1998.

Olson, Mancur. *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y la teoría de grupos*, México, Grupo Noriega Editores, 1992.

Orti, A. «La abertura y el enfoque cualitativo o estructural: la entrevista abierta y la discusión en grupo», en F. Ibáñez y Alvira, *El análisis de la realidad social*, Madrid, Alianza, 1986.

Páez Cordero, Alexei. *El anarquismo en el Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional / INFOC, 1986.

Pagano, José León. *Derecho penal económico*, Buenos Aires, Depalma, 1983.

Parsons, Talcott. *La estructura de la acción social*, tomo I, Madrid, Guadarrama, 1968.

Przeworski, Adam. *Democracia y mercado. Reformas políticas y económicas en la Europa del Este y América Latina*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1995.

Rabotnikof, Nora, en Camou, Antonio y José Esteban Castro (coords.). *La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, México D.F., Triana / Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, Sede Académica de México, 1997.

Righi, Esteban. *Derecho penal económico comparado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991.

Rousseau, Jean. *El contrato social*, Madrid, Alianza, 1983.

Rusconi, G.E. «Discurso y decisión. El intento de Habermas de fundar una racionalidad política», en G.E. Rusconi, *Problemas actuales de teoría política*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 1985.

Saussure, Ferdinand. *Curso de lingüística general*, Buenos Aires, Lozada, 1974.

Schumpeter, Joseph. «Capitalismo, socialismo y democracia», en Fernando Vallespín, y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza, 1998.

Smith, Adam. *La riqueza de las naciones*, México, Porrúa, 1980.

Spedding, Alison. «Una introducción a la obra de Pierre Bourdieu», en *Cuadernos de investigación,* No. 4, La Paz, Universidad Mayor de San Andrés, Facultad de Ciencias Sociales, Carrera de Sociología, Instituto de Investigaciones Sociológicas, 1999.
Stratenwerth, Günther. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edersa, 1982.
Tiedemann, Klauss. «El concepto de delito económico y de derecho penal económico», en *Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, 1975.
———*Lecciones de derecho penal económico*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1993.
Tomassini, Luciano. *La política internacional en un mundo postmoderno*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1985.
Trujillo Arango, Álvaro. *Medidas de aseguramiento y hábeas corpus*, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1990.
Tylor, S.G.; Bodgan, R. *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Barcelona, Paidós, 1987.
Vallespín, Fernando, editor. *Historia de la teoría política*, tomo VI, Madrid, Alianza, 1995.
Vela Peón, F. «Un acto metodológico básico de la investigación social: la entrevista cualitativa», en María Luisa Tarres, *Observar, escuchar y comprender sobre la tradición cualitativa en la investigación social*, México, Grupo Editorial Porrúa, 2001.
Wrigth Mills, C. *La imaginación sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.
Zambrano Pasquel, Alfonso. *Manual de derecho penal*, Guayaquil, Edino, 1998.
Zavala Baquerizo, Jorge. *La pena*, Guayaquil, Edino, 1980.
———*Delitos contra la fe pública*, Guayaquil, Edino, 1993.
Zolo, Danilo. «El léxico de Luhmann», en *La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, México, Triana / Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-México, 1997.

Leyes y demás cuerpos legales

Código Orgánico Tributario de Venezuela.
Código Penal de Bolivia.
Código Penal de Colombia.
Código Penal del Ecuador.
Código Penal de España.
Código Penal del Perú.
Código Penal de Venezuela.
Código Tributario del Ecuador.
Constitución Política de Bolivia.
Constitución Política de Colombia.
Constitución Política del Ecuador.
Constitución Política del Perú.
Constitución Política de Venezuela.

Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas del Ecuador.
Ley General de Instituciones del Sistema Financiero del Ecuador.
Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador.
Ley Penal del Ambiente de Venezuela.

Páginas web visitadas

www.caipe.org.pe.
www.buffalo.celu.
www.noticias.juridicas.com.
www.geocities.com/alegcipol.

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica internacional autónoma. Se dedica a la enseñanza superior, la investigación y la prestación de servicios, especialmente para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. La universidad es un centro académico destinado a fomentar el espíritu de integración dentro de la Comunidad Andina, y a promover las relaciones y la cooperación con otros países de América Latina y el mundo.

Los objetivos fundamentales de la institución son: coadyuvar al proceso de integración andina desde la perspectiva científica, académica y cultural; contribuir a la capacitación científica, técnica y profesional de recursos humanos en los países andinos; fomentar y difundir los valores culturales que expresen los ideales y las tradiciones nacionales y andina de los pueblos de la subregión; y, prestar servicios a las universidades, instituciones, gobiernos, unidades productivas y comunidad andina en general, a través de la transferencia de conocimientos científicos, tecnológicos y culturales.

La universidad fue creada por el Parlamento Andino en 1985. Es un organismo del Sistema Andino de Integración. Tiene su Sede Central en Sucre, Bolivia, sedes nacionales en Quito y Caracas, y oficinas en La Paz y Bogotá.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. Ese año suscribió con el gobierno de la república el convenio de sede en que se reconoce su estatus de organismo académico internacional. También suscribió un convenio de cooperación con el Ministerio de Educación. En 1997, mediante ley, el Congreso incorporó plenamente a la universidad al sistema de educación superior del Ecuador, lo que fue ratificado por la Constitución vigente desde 1998.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional y proyección internacional a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

La orientación de las nuevas sociedades, vistas como espacios articulados alrededor de los grandes desarrollos tecnológicos y la primacía de las comunicaciones en el devenir de los actores, ha llevado a que las distintas disciplinas se aclimaten a dicho panorama universal. A ello no puede ser extraño el derecho, pues su funcionalidad le obliga a reconstituirse dentro de las lógicas y dinámicas que orientan el desarrollo de la historia. Sin embargo, dicho proceso se enfrenta en ocasiones a aquellos paradigmas que, por su connotación, causan tensiones frente a las nociones de progreso y orden social. En el plano del derecho penal económico, dicho escenario conflictivo se visibiliza mejor cuando la posibilidad de incriminar a las personas jurídicas se presenta. Así, la recurrencia a principios por los que la comisión de un hecho delictivo solo puede ser verificada por la persona natural trastoca la necesidad de orientar las conductas delictivas hacia la imputación de la empresa y los diversos entes colectivos que articulan las relaciones entre Estado, mercado y sociedad.

De allí que el presente estudio ofrezca una posición teórica a partir de la cual se podría sustentar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, a la vez que cuestionar la vigencia de algunos de los paradigmas hallados en la teoría del sujeto penal y del delito. De esta forma, la recurrencia a la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann y el afianzamiento de las comunicaciones como el centro de atención de las sociedades, desde una perspectiva jurídica y sociológica, marcarán el hilo conductor de una discusión inacabada y que se presta para el debate desde diferentes ópticas.



Santiago Basabe Serrano (Quito, 1974) es Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Central del Ecuador, 1998) y Abogado y Doctor en Jurisprudencia (Universidad Católica de Cuenca, 2000). A nivel de posgrado ha obtenido los títulos de Diploma Superior y Magíster en Derecho mención en Derecho Económico, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (Quito, 2003), y Maestro en Ciencia Política en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador (Quito, 2003).

Su actividad la ha desempeñado en el libre ejercicio profesional, la docencia y la investigación científica. Actualmente es investigador-becario del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, Secretario de la Asociación Latinoamericana de Estudiantes y Graduados en Ciencia Política, ALEGCIPOL-Capítulo Ecuador, y de la Universidad San Francisco de Quito.