



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

- Ensayo Académico -

La corrupción en el sector privado en el Ecuador desde el 2021
¿Una tipificación necesaria?

Guadalupe Rocío Galarza Paladines

Quito, noviembre de 2023

Índice

I. INTRODUCCIÓN	2
II DESARROLLO	3
1. Actos de Corrupción en el Sector Privado.	3
1.1 <i>Introducción del delito en la legislación ecuatoriana.</i>	3
1.2 <i>Análisis de la descripción típica del artículo 320.1 del COIP.</i>	6
1.2.1 <i>Conducta.</i>	6
1.2.2 <i>Sujetos.</i>	9
1.2.3 <i>Objetos.</i>	10
1.2.4 <i>Argumentación y técnica legislativa.</i>	11
1.3 <i>Tipificación de la corrupción privada en el contexto internacional.</i>	13
1.4 <i>Corrupción privada desde la mirada de la Criminología.</i>	16
2 Bien Jurídico Protegido – Análisis de la Lesividad.	19
2.1 <i>Definición de corrupción en el sector privado.</i>	19
2.2 <i>Bien jurídico protegido en el delito económico.</i>	20
2.3 <i>Enfoque estadístico de los casos investigados a nivel nacional.</i>	24
2.4 <i>Alcance de la lesividad del delito.</i>	25
2.4.1 <i>Equivalencia lesiva entre la corrupción pública y la privada en casos de difuminación de funciones.</i>	26
2.4.2 <i>La potencialidad lesiva propia o específica de la corrupción entre particulares.</i>	27
3 Expansión del Derecho Penal Frente al Principio de Mínima Intervención Penal. 28	
3.1 <i>Expansión del Derecho Penal Económico versus el principio de mínima intervención penal.</i>	28
3.2 <i>Buen gobierno corporativo.</i>	31
3.3 <i>Leal competencia en el mercado.</i>	34
4 ¿Tipificación Necesaria en el Ecuador?	36
4.1 <i>Propuesta de reforma en la tipificación.</i>	38
III CONCLUSIONES	39
IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41
Libros y artículos:	41
Cuerpos normativos:	43

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio se centra en la incorporación del delito de corrupción privada en la legislación ecuatoriana, destacando el principio de mínima intervención penal. Se analiza en detalle el artículo 320.1 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), identificando elementos claves y problemas de redacción que podrían requerir reformas.

Aborda varios aspectos relacionados con el delito de corrupción en el sector privado en Ecuador, en particular, se centra en el bien jurídico protegido, el enfoque estadístico de los casos investigados y el alcance de la lesividad del delito. También se explora el tema de la corrupción privada desde una perspectiva criminológica y se menciona la importancia del cumplimiento normativo o *compliance*.

Examina el delito de corrupción en el sector privado en Ecuador desde diferentes perspectivas, como el marco legal, el contexto normativo internacional, la criminología, el enfoque estadístico, la lesividad del delito. Se plantean preguntas sobre la efectividad del Derecho Penal en su abordaje y se discute la importancia de las medidas de cumplimiento para prevenir y sancionar la corrupción en las empresas.

El problema consiste en determinar si una vez más el Derecho Penal será la medida más efectiva de lucha contra la corrupción entre privados o si en su defecto solo es una medida de populismo penal que desplaza la responsabilidad del Estado de controlar y velar por el correcto funcionamiento del sistema económico y la sana relación de competencia entre los particulares.

Por lo tanto, el tema se concentra en detectar algunos problemas de técnica legislativa en la redacción del artículo 320.1 (COIP), donde se confunde el alcance del objeto de protección. Finalmente, el problema del ensayo académico se resume en las siguientes preguntas: ¿Es adecuada la técnica legislativa aplicada para su redacción? A la luz del bien jurídico protegido ¿Es necesaria su tipificación o constituye un exceso al principio de mínima intervención penal?

Sobre las cuestiones planteadas, la posición personal sobre el problema es proponer una reforma legal en la que se separe en tipos penales independientes los actos de corrupción en el sector privado y la administración desleal dentro de las empresas.

El ensayo académico tiene como objetivo general analizar la descripción típica del delito de actos de corrupción en el sector privado establecido en el art. 320.1 del Código Orgánico Integral Penal. Con respecto al objetivo general, cabe plantearse los siguientes objetivos específicos:

1. Identificar las modalidades de comisión y el alcance de protección del bien jurídico tutelado.
2. Confirmar si es necesaria la tipificación de los actos de corrupción en el sector privado.
3. Determinar si existe o no vulneración al principio de mínima intervención penal.

Este trabajo está estructurado de la siguiente manera: **(1)** se analiza de forma pormenorizada la descripción típica del artículo 320.1 del COIP, la tipificación de la corrupción en el contexto internacional y se aporta un enfoque criminológico; **(2)** se define a la corrupción privada, se delimita el bien jurídico protegido en el delito económico, se presenta un enfoque estadístico de los casos en el país y se estudia el alcance de la lesividad del delito; **(3)** se examina la expansión del Derecho Penal Económico versus el principio de mínima intervención penal, mediante el análisis de las prácticas en el buen gobierno corporativo y la leal competencia en el mercado; y, **(4)** se razona sobre la necesidad o no de la tipificación del delito, los problemas que presenta y la propuesta de reforma.

II DESARROLLO

1. Actos de Corrupción en el Sector Privado.

1.1 *Introducción del delito en la legislación ecuatoriana.*

El Derecho Penal es una de las herramientas de reacción más poderosa que tiene el Estado cuando existe el ataque a bienes jurídicos protegidos, pues limitará los derechos fundamentales de los ciudadanos; de tal suerte que, el presupuesto fundamental es limitar su poder sancionador para que no sea arbitrario e injusto. Este fundamento motiva el principio de mínima intervención penal, que constituye un freno al poder punitivo del Estado, logrando evitar la penalización de cualquier conducta, sino únicamente de las que lesionan gravemente a bienes jurídicos merecedores de protección.

No se puede descartar la existencia de una tendencia marcada a la que nos enfrentamos y es el Derecho Penal Simbólico, que en palabras de Rodríguez (2020) es:

(...) se compone de todos aquellos preceptos prohibitivos que contemplan una pena, aunque se legislan e incorporan al Código Penal sin una base de política criminal y a sabiendas de que no serán aplicados, o que los delitos tipificados son imperseguidos, únicamente como herramienta política, utilizada para responder a las exigencias de los ciudadanos (pueblo llano) frente a sus gobernantes. (p.332)

En este escenario el legislador ecuatoriano incorpora en el Código Orgánico Integral Penal, el delito de actos de corrupción en el sector privado, en estricto cumplimiento de normas supranacionales que obligan al país a adoptar medidas eficaces para fortalecer la lucha contra la corrupción, lo que conlleva un fin preventivo en su tipificación, mismo que debe ser medible en la práctica.

Asimismo, cabe mencionar que esta reforma es adoptada en un momento político en donde se presencia una marcada inestabilidad y crisis institucional, de manera que las motivaciones o fundamentos para la creación de esta normativa no son expuestos por el legislador de manera suficiente, sino solo en sus facultades y atribuciones legales y constitucionales, tampoco se precisa argumentos de política criminal que hayan servido para extender el derecho penal hacia este campo.

Es así que este nuevo tipo penal se encuentra en el COIP, en el Libro I, de La Infracción Penal; en el Título IV, de las Infracciones en Particular; en el Capítulo V, de los Delitos contra la Responsabilidad Ciudadana; Sección Octava, Delitos económicos, específicamente el artículo 320.1, que establece:

Art. 320.1.- Actos de corrupción en el sector privado.- (Agregado por el Art. 15 de la Ley s/n, R.O. 392-2S, 17-II-2021).- El director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares, que intencionalmente acepte, reciba o solicite donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de

actividades económicas, financieras o comerciales, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años, y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general.

Será sancionada con la misma pena del párrafo anterior la persona que en forma directa o indirecta, prometa, ofrezca o conceda a directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores o cualquier empleado que ejerza cargo de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares, donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, con el fin de que como contraprestación, faltando al deber inherente a sus funciones, omita o cometa un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

Si los sujetos señalados en el primer y segundo párrafo, ejecutan los actos o no realizan el acto debido, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Serán sancionados con la misma pena del párrafo anterior, los sujetos descritos en el primer y segundo párrafo, que en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, intencionalmente abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.

Se aplicará el máximo de la pena para la conducta señalada si se comprueba beneficio económico o inmaterial a un tercero; cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; o, cuando las contrataciones se efectúen directa o indirectamente con el sector público y por ende existan recursos del Estado de por medio.

En caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, sin embargo, si solo se benefició la persona natural responsable o terceros ajenos a la persona jurídica involucrada, la responsabilidad no recaerá sobre la persona jurídica. (COIP, 2021)

Entonces la tipificación de este delito entró en vigencia a partir del mes de agosto de 2021, como parte de las reformas en materia anticorrupción, lo que ha sido denominado por la doctrina como la mutación del Derecho Administrativo sancionador al Derecho Penal.

1.2 *Análisis de la descripción típica del artículo 320.1 del COIP.*

Se considera pertinente analizar de forma pormenorizada la descripción típica del artículo 320.1 del COIP, considerando una clasificación general de conducta, sujetos y objetos; así se verifica lo siguiente:

1.2.1 *Conducta.*

Al ser un tipo penal extenso, para no generar confusión en primer lugar se determina las modalidades que se observan:

En la modalidad de corrupción pasiva la conducta es *aceptar, recibir o solicitar* donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, para omitir o cometer un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

En la modalidad de corrupción activa la conducta es *prometer, ofrecer o conceder* donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, a ciertas personas plenamente identificadas como: directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores o cualquier empleado que ejerza cargo de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares; como contraprestación, para que faltando al deber inherente a sus funciones, estas personas *omitan o cometan* un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

Y finalmente, existe una modalidad diferente en donde la conducta es *abusar, apropiarse, distraer o disponer* arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros

públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

Una vez individualizadas las modalidades se va a disgregar los elementos de la conducta desde su **parte objetiva**, identificando los siguientes elementos:

Elementos descriptivos:

Estos elementos van orientados al lenguaje natural del legislador que usa en la descripción del tipo penal y que pueden ser de fácil comprensión para cualquier persona, así en cuanto a las dos primeras modalidades es aceptar, recibir, solicitar, prometer, ofrecer o conceder; y, en cuanto a la tercera modalidad es abusar, apropiarse, distraer y disponer.

Elementos normativos:

Estos elementos a diferencia de los primeros evidencian un lenguaje técnico o especializado adoptado por el legislador al redactar el tipo penal.

Entonces para precisar el alcance de los sujetos en la modalidad de corrupción activa y pasiva, se requiere la remisión a una norma extrapenal que delimite por ejemplo lo que son los ejecutivos principales, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores o cualquier empleado que ejerza cargo de dirección, así también en cuanto a lo que significa la entidad esto es: persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares.

En la modalidad del inciso cuarto, se remite a otra norma por ejemplo el significado de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos.

Así también en el quinto inciso se incorpora otro elemento que se traslada a una norma distinta y es aprovecharse de una *declaratoria de emergencia* o *estado de excepción*.

Elementos esenciales:

Estos son elementos indispensables sin los cuales no existe el tipo penal; así en el artículo que se analiza se tiene lo siguiente:

En la modalidad activa se debe verificar que cualquier persona *prometa, ofrezca* o *conceda* un beneficio material o inmaterial, dirigido a un determinado grupo de personas de la persona jurídica privada, como contraprestación, por hacer u omitir un acto, para favorecerse a sí mismo o a un tercero.

En la modalidad pasiva se debe verificar que una persona con un cargo determinado dentro de la persona jurídica particular *accepte, reciba* o *solicite* un beneficio material o inmaterial, como contraprestación, por hacer u omitir un acto, para favorecerse a sí mismo o a un tercero.

De tal manera que, para que el acto de corrupción en el sector privado concurra, estas dos formas de comisión deben coexistir de manera simultánea, es decir por un lado debe haber el ofrecimiento y por el otro el recibimiento y todo esto en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

Sin embargo, en el mismo artículo se tiene además otra forma de comisión totalmente ajena a las dos primeras ya analizadas, y en ésta para que exista el delito se debe verificar, que las personas que desempeñen un determinado cargo dentro de la persona jurídica privada, *abusen, se apropien, distraigan* o *dispongan arbitrariamente* de bienes que estén en su poder en razón de su cargo y a su vez en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

Elementos valorativos:

Estos elementos si bien hacen parte de la descripción del tipo penal hecha por el legislador, deben ser especialmente considerados por los operadores de justicia al realizar el ejercicio de adecuación, pues implican el deber jurídico penal y cómo se produce la violación de este deber por parte de los sujetos activos.

En la modalidad de corrupción activa y pasiva el elemento que se valora es que el ofrecimiento y la recepción de un beneficio material o inmaterial, sea como contraprestación, por faltar al deber inherente a sus funciones, por parte de las personas que ejerzan una de las actividades descritas en el artículo dentro de la persona jurídica

privada, ya sea omitiendo o cometiendo un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero.

Y finalmente en la modalidad del inciso cuarto lo que se valora es que los bienes objeto de la apropiación o abuso estén en poder del sujeto activo en virtud o razón de su cargo.

Elementos accidentales:

Estos elementos son aquellos que agravan o atenúan la consecuencia jurídica del delito, y en el caso del artículo 320.1, se presentan de manera específica en el inciso tercero donde se incrementa la pena de siete a diez años, cuando los sujetos señalados en el primer y segundo párrafo, ejecutan los actos o no realizan el acto debido, cabe precisar, que esta agravación penológica aplica únicamente para la modalidad de corrupción activa y pasiva.

Sin embargo en el quinto inciso se determina que se aplicará el máximo de la pena si se comprueba beneficio económico o inmaterial a un tercero; cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; o, cuando las contrataciones se efectúen directa o indirectamente con el sector público y por ende existan recursos del Estado de por medio.

Finalmente, analizando la conducta desde la **parte subjetiva**, se verifica esencialmente que los actos de corrupción en el sector privado, constituyen un delito doloso en todas sus modalidades y no admite delito imprudente.

1.2.2 Sujetos.

- **El sujeto activo**

Entendido como la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal; en este punto es preciso distinguir, pues en la modalidad descrita en el primer inciso, que se asemeja al “cohecho pasivo”, se contempla varios sujetos calificados: el director, gerente general, administrador, ejecutivo principal, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidas las entidades irregulares;

mientras que, en la modalidad descrita en el segundo inciso que se asimila al “cohecho activo”, el sujeto no es calificado, pues se trata de cualquier persona.

Más adelante en el cuarto inciso, existe una modalidad adicional y distinta en donde los sujetos activos serán los descritos en los dos primeros incisos del artículo, esto es: los directores, gerentes generales, administradores, ejecutivos principales, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores, auditores, abogados patrocinadores o cualquier empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado.

Debiendo considerar además que este tipo penal admite como sujeto activo a una persona jurídica de derecho privado.

- **El sujeto pasivo**

Este sujeto se traduce como el titular del bien jurídico protegido establecido en el tipo penal, en este análisis se tiene por una parte al Estado ecuatoriano, como el titular del orden económico de forma general; y en virtud de lo establecido en el inciso cuarto del artículo, el sujeto pasivo es la persona jurídica titular del patrimonio, así se trate incluso de una organización irregular.

- **La víctima**

Determinada como cualquier persona que sufra la afectación producida por el delito, en este caso no solo se concretiza a lo establecido por el tipo penal (Estado y persona jurídica privada), sino que se puede ampliar de acuerdo a lo previsto en el artículo 441 del COIP, que abarca un concepto omnicomprendivo de víctima, situación que dependerá del caso en concreto.

1.2.3 Objetos.

El objeto jurídico

También llamado bien jurídico protegido, este tipo penal ha sido incorporado por el legislador en el COIP en la sección octava de los delitos económicos, por lo tanto el bien tutelado es el orden económico, lo que involucra la sana y leal competencia, así como la confianza en la honestidad de las personas que ejercen cargos de dirección en las

entidades privadas y en general de quienes las conforman; sin embargo, se debe precisar que esta determinación del bien jurídico aplica únicamente para las modalidades de corrupción activa y pasiva.

Con relación a la tercera modalidad de comisión reglada en el inciso cuarto se protegen particularmente los bienes o activos ya sea, de la persona jurídica de derecho privado, de la organización no gubernamental, asociación, fundación, comité o incluso de las entidades irregulares, por lo tanto el bien jurídico protegido es el patrimonio de la entidad.

El objeto material

Entendido como el bien, cosa o persona sobre la cual recae la acción; el objeto material en los dos primeros incisos del tipo penal recae en la entrega y recepción de donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material; y en la modalidad descrita en el inciso cuarto del artículo, el objeto material del delito recae sobre bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos de la persona jurídica de derecho privado, la organización no gubernamental, la asociación, la fundación, el comité o incluso las entidades irregulares.

1.2.4 Argumentación y técnica legislativa.

Como punto de partida para poder criticar la técnica legislativa adoptada por el legislador en su rol como creador normativo es importante remitirnos a la argumentación, particularmente a la legislativa, de este modo para este análisis se hará referencia al Curso de Argumentación Jurídica de Atienza (2013) de manera que al respecto cabe dejar sentadas ciertas ideas generales:

Es importante precisar que según el autor no se puede considerar a la argumentación legislativa como un tipo de argumentación jurídica, por cuanto el legislador no es un jurista en el sentido estricto de la profesión, sino más bien un político.

Un matiz importante para marcar la diferencia entre estos dos tipos de argumentación es que las leyes si bien constituyen un material jurídico no necesitarían ser justificadas en la misma medida que las decisiones judiciales, esto debido a que los

legisladores a diferencia de los jueces, representan intereses de diferentes sectores de la comunidad y dependen de las organizaciones políticas a las que se deben.

Es importante considerar además que el esquema básico de la argumentación legislativa obedece al razonamiento adecuado (medio-fin), y en éste prima la ponderación en dónde tiene lugar un rango amplio de discrecionalidad.

Se habla de que la racionalidad legislativa tiene varios niveles entre ellos por ejemplo: la racionalidad lingüística, caracterizada porque el emisor debe ser capaz de transmitir al receptor un mensaje claro y fluido; el nivel de racionalidad jurídico formal, que consiste en que la ley creada debe tener armonía con el sistema jurídico; luego el nivel pragmático, que involucra verificar que la conducta de los destinatarios de dicha ley pueda adecuarse a lo previsto en la misma; posterior está el nivel teleológico, que representa que esta ley debe alcanzar los fines sociales perseguidos en la comunidad; luego tenemos el nivel ético, que hace referencia a que las conductas que intenta prescribir el legislador suponen valores susceptibles de una justificación ética; y, finalmente el nivel de la razonabilidad, en el que se exige la existencia de ponderación a la hora de obtener los anteriores fines.

De tal manera que, de acuerdo a los elementos sugeridos para una adecuada argumentación legislativa, la ley tanto en su contenido, como en su forma, debe ser clara, sistemática (sin lagunas, ni contradicciones), eficaz, socialmente efectiva, axiológicamente adecuada y eficiente.

Entonces, a la luz del esquema recomendable para la argumentación legislativa y luego del análisis pormenorizado de la descripción típica del artículo 320.1 del COIP, se han detectado algunos problemas de técnica legislativa que van más allá de la redacción, pues en el inciso cuarto se crea una modalidad que se aleja totalmente de las descritas en el primer y segundo inciso, e incluso se distorsiona el alcance del objeto de protección; esta conducta podría presentar un símil con el delito de peculado, pero en el ámbito privado como tal, lo cual posibilitaría quizás una reforma legal en la que se separe los actos de corrupción en el sector privado y la administración desleal dentro de las empresas.

Así también en el inciso quinto, se incorpora una circunstancia de agravación de la pena, en los casos en los que se compruebe beneficio económico o inmaterial a un

tercero; cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; o, cuando las contrataciones se efectúen directa o indirectamente con el sector público y por ende existan recursos del Estado de por medio. Circunstancias que descontextualizan el delito de actos de corrupción privada, que debería limitarse al ámbito privado, pues la ley sí prevé otras conductas donde se sanciona el abuso o distracción arbitraria de fondos públicos, sancionando no solo a los funcionarios involucrados, sino también a los particulares y a las personas jurídicas.

Es por ello que resulta trascendente estudiar y delimitar el bien jurídico protegido en el Derecho Penal Económico, y concretamente en este tipo penal, para poder confirmar la necesidad de su tipificación o si en su defecto vulnera el principio de mínima intervención penal, regresando la mirada al fortalecimiento de los entes de control administrativo en el curso de las actividades económicas, financieras o comerciales de los particulares, para evitar la instrumentalización del Derecho Penal.

1.3 *Tipificación de la corrupción privada en el contexto internacional.*

En Ecuador a partir del año 2014 se promulgó el Código Orgánico Integral Penal, en el que se condensa en su mayoría la normativa penal aplicable y entre sus innovaciones más importantes consta la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para tipos penales concretos. Esta incorporación normativa es una muestra de la expansión del derecho administrativo sancionador hacia el Derecho Penal, que se delimita en ciertos delitos cuyo ámbito de protección apunta al orden económico y social.

Entonces, se debe considerar que esta expansión tiene como base la evolución del Derecho Penal tradicional, con una mirada a las nuevas formas de criminalidad en el área económica particularmente, lo que ha despertado gran interés en la investigación jurídica.

Este enfoque es supranacional, pues la propia Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita por el Ecuador en la ciudad de Mérida, Yucatán, Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo al Decreto Ejecutivo No. 340, publicado en Registro Oficial Nro. 76, de 5 de Agosto del 2005, expone su preocupación por el fenómeno transnacional llamado *corrupción*, presente tanto en el sector público, como en el privado; siendo precisamente el fenómeno de la corrupción privada en Ecuador el enfoque de estudio de la presente investigación.

Es así que, el artículo 12, numeral 1, de la referida Convención, expresa que cada Estado parte, deberá adoptar medidas para prevenir la corrupción en el sector privado, lo que involucra, de ser el caso prever sanciones civiles, administrativas o penales que sean eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de las medidas que se adopten.

Al respecto la Carta Suprema de la República establece:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: (...) 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción. (CRE, 2008)

Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) 8. Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción. (CRE, 2008)

Ahora desde el análisis comparativo, se cita algunas investigaciones de países de Latinoamérica y España:

Salinero Echeverría, Sebastián; Alarcón Soto, Rodrigo, y Galleguillos, Sebastián. (2019), concluyen en su artículo “La corrupción en el mundo de los negocios. Una aproximación criminológica teórica y empírica para el caso chileno”:

Hemos logrado una aproximación a la corrupción en el ámbito de los negocios a partir de los datos proporcionados por ejecutivos incumbentes en estas estructuras organizativas. Aparentemente, se trata de un medio idóneo de conocimiento científico, el que debería ser relacionado con otros medios, como se evidencia en la experiencia comparada, y con estudios cualitativos que permitirían una mayor caracterización de este tipo de delincuencia. (p.363)

En cuanto a los objetivos planteados, y teniendo presente el carácter exploratorio de nuestro trabajo, especialmente que sus resultados no pueden ser interpretados de modo alguno como representativos, interesa destacar que la corrupción en el ámbito privado del mundo de los negocios existe y obedece a una serie de motivos y factores que la favorecen y que se relacionan entre sí. (p.364)

Desde la experiencia colombiana, Jiménez Valderrama, Fernando, & García Rodríguez, Lourdes. (2015), en su artículo *“El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal”*, exponen varias conclusiones, entre las que se destaca:

La lucha contra la corrupción exige la utilización de diversos instrumentos en el ámbito del derecho, no solamente provenientes del derecho penal, sino también desde el ámbito del gobierno corporativo, del derecho administrativo y del derecho privado patrimonial. En este último ámbito es cada vez más relevante el concepto de corrupción privada en el seno de las empresas. (p. 177)

La perspectiva brasileña en cambio, a criterio del autor Godoi, Carlos Eduardo Gonçalves de. (2020), en su artículo *“El tratamiento jurídico-penal brasileño de la corrupción privada a partir de un análisis de derecho comparado”* concluye:

En términos prácticos, el Estado brasileño no posee esfuerzos sustantivos para criminalizar la corrupción en el sector privado como lo hace con relación al sector público, en un claro conflicto de interés de los parlamentares y de los ciudadanos. (p.724)

Mientras Brasil aun discute hace muchos años la criminalización de la corrupción entre particulares en coherencia con el texto mínimo de la Convención de Mérida, señalando que aún no hay ningún avance sustantivo, este modelo de tipificación es basado en la infracción de deberes, lo que es muy criticado por la academia frente a su fracaso en países que así lo adoptaron y después cambiaron sus legislaciones. No más indicado es que entre todos los modelos de tipificación de la corrupción existentes, el mejor modelo sería el basado en una infracción de la competencia leal que no es objeto de ninguna discusión por los parlamentares brasileños. (p.725)

En España, la corrupción en el sector privado también se encuentra establecida en el Código Penal español, en el artículo 286, desde el año 2010, y su análisis ha sido realizado por el autor Muñoz (2019) quien manifiesta: *“El bien jurídico protegido en este delito es la competencia leal, pero también la confianza en la honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa”* (p. 487)

Luego de pasar revista hacia otras experiencias, quedan sentadas las inquietudes, para llegar a determinar si una vez más el Derecho Penal será la medida más efectiva de lucha contra la corrupción entre privados o si en su defecto será sólo una medida de populismo

penal que desplaza la responsabilidad del Estado de controlar y velar por el correcto funcionamiento del sistema económico y la sana relación de competencia entre los particulares.

1.4 *Corrupción privada desde la mirada de la Criminología.*

Como punto de partida es necesario indicar que a la hora de penalizar o despenalizar conductas el enfoque criminológico no puede faltar, debido a que al ser la Criminología una ciencia social multidisciplinaria que estudia la conducta delictiva y antisocial; sus motivos, los mecanismos de control, el delincuente o antisocial, el tratamiento y la víctima. Punín P. (2023); guía o debería guiar el camino del legislador al momento de hacer las leyes y diseñar la política criminal de una forma más efectiva para abordar el fenómeno de la delincuencia.

Cuando se habla de delitos de corrupción, éstos suelen catalogarse también como “*delitos de cuello blanco*” etiqueta que se utiliza para describir a los delitos no violentos que se cometen en un entorno profesional, empresarial o de poder, en donde el sujeto activo abusa de su posición para obtener beneficios generalmente económicos a través de prácticas corruptas como el soborno.

Así ratifica Cámara (2020) es su artículo al afirmar: “*estas violaciones de la ley por parte de personas de la clase socioeconómica alta son llamadas delitos de “cuello blanco”*” (p. 5).

Una idea que resalta Cámara (2020) al explicar el concepto brindado por *Sutherland* es que el sujeto activo es una persona que goza de un status social alto, por ende este tipo de delitos no está asociado con la pobreza, ni a sus particularidades.

Pero ¿cuál es la realidad en Ecuador? Y el contraste se aprecia en un estudio sobre la prisión y a la desigualdad social de Punín (2020), quien arriba a la conclusión de que el poder punitivo se ejerce en mayor medida sobre personas que pertenecen a grupos sociales desfavorecidos, esto con base a la estadística levantada por el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI) respecto a la clasificación de los privados de libertad por el tipo de delito, así se tiene que solo el 1,8% corresponde a delitos contra la eficiencia de la administración pública; mientras que, el porcentaje más alto que bordea el 28,1% son

delitos relacionados con la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. Esta reflexión de pauta para alizar el porqué de esta diferencia.

Precisamente Sánchez (2011), quien también realiza un estudio de los delitos de cuello blanco, manifiesta que son tres las razones por las que los poderosos no enfrentan al sistema penal: en primer lugar por su posición dominante; en segundo lugar porque al estar las agencias de comunicación pública en manos de hombres de negocios que violan las leyes, no se brinda apoyo a las leyes que sancionan estas conductas; y, en tercer lugar porque para estos delitos la tendencia es el uso de métodos no punitivos de control social.

Este autor de igual forma cita la obra de Sutherland y expone en el siguiente párrafo un argumento valioso que apuntala el contraste zanjado en líneas anteriores:

El excesivo juridicismo y garantismo en lo que se refiere a los delitos de cuello blanco lejos de propiciar un sistema de defensa de los derechos de los ciudadanos, como tantas veces se afirma, en realidad, lo que crea es una doble balanza de la justicia: de un lado la balanza que penaliza sistemáticamente los delitos de los pobres y de otro la que se muestra complaciente y condescendiente con los delitos de los ricos (Sánchez, 2011, p. 29).

Ahora aterrizando al tema en cuestión la corrupción es una falta moral que la Criminología estudia para prevenir o en su caso intervenir de manera oportuna a fin de conseguir la reducción de este fenómeno criminal; esta moneda de cambio para obtener favores, como ya se ha dicho es juzgada y mal vista por una parte de la sociedad, mientras que por otra es aceptada o al menos no condenada, dada su naturaleza social y su origen en la clandestinidad, varias investigaciones la han denominado un delito sin víctimas, y si bien se considera que en algunos casos existe un abuso del Derecho Penal no quiere decir que los sujetos pasivos como el Estado o la persona jurídica no se vean perjudicados por conductas como contribuciones políticas, donaciones o regalos.

La Organización de Transparencia Internacional ha ubicado al Ecuador con 36 puntos en el índice de percepción de la Corrupción, este es calculado en base a 100 puntos que van de 0 (percepción de altos niveles de corrupción) a 100 (percepción de muy bajos niveles de corrupción); dentro del ranking de 180 países el Ecuador ocupa el número 101, por cuanto existe en sus habitantes la certeza de corrupción en el sector público, muchos casos que por su importancia se hicieron mediáticos hacen que la ciudadanía confíe cada vez menos en sus gobernantes.

Como se indicó anteriormente la corrupción pública y privada esta entrelazada, a través un margen difuso del que no podemos obtener datos por cuanto no se puede realmente separarlas en la práctica; sin embargo ya en el ámbito de la corrupción privada se cree que una manera de disuadirla puede considerarse mediante conductas de autocontrol, esto es mantener un sistema de supervisión que evalúe el nivel de ética profesional reforzando las sanciones internas, especialmente a los altos directivos, con la finalidad de evitar que las compañías expongan su imagen y reputación a un daño irreversible.

Ahora cabe analizar ¿por qué el sujeto se corrompe?, en una práctica habitual las actividades no éticas o ilegales comienzan a normalizarse en el individuo, si la compañía se maneja así desde sus inicios es tratar de cambiar la estructura propia de sus bases morales, el empleado independientemente de su rango optará por replicar la conducta absteniéndose de hacer un análisis propio de sus repercusiones legales y sociales, amortiguado en la ambigüedad moral de recibir o solicitar algún tipo de soborno.

Como exponen S. Salinero E. - R. Alarcón S. – S. Galleguillos en su artículo: La corrupción en el mundo de los negocios. Una aproximación criminológica teórica y empírica para el caso chileno:

Al desentrañar cuáles son las conductas de corrupción y el porqué de aquellas, encontramos que los comportamientos identificados pueden ser reducidos a: el abuso de posición o cargo en beneficio propio; el hacer pagos para omitir acciones o inspecciones de la autoridad fiscalizadora; nepotismo, y el uso de información privilegiada. A su vez, para los motivos que fundarían estas conductas se reveló principalmente la existencia de un móvil de carácter económico; la burocracia del sistema; la ineficiencia de la autoridad para ejercer controles, y el requerimiento directo o indirecto de soborno por parte de funcionarios públicos. Probablemente, lo que caracteriza a todas estas variables motivadoras es la existencia de un ánimo de lucro del agente empresarial y un mercado –y su desarrollo– que permiten este tipo de conductas.” (p. 360)

De lo descrito se puede colegir que la corrupción privada obedece a la organización estatal, pues tiene como móvil económico corregir las deficiencias del sistema al que pertenece, así nos encontramos ante un problema social que cada vez es más difícil de combatir, especialmente en altas esferas del poder.

En el ámbito jurídico penal se ha creado el termino o expresión *compliance* que es detallado por Gustavo A. Arocena, en su artículo Acerca del denominado Criminal

Compliance, así: “*se emplea para designar única y exclusivamente la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan que determinadas personas físicas que ocupan puestos de relevancia dentro de ellas cometan un delito en beneficio de la empresa.*” (p .129), entonces con estos mecanismos nos aproximamos a tener una herramienta interna en las compañías que vigile su buen actuar, pues significaría que no solo quien comete la falta es el responsable, también lo será la persona jurídica pudiendo ser objeto de una sanción penal; de tal forma que existe la prevención a través de un oficial de *compliance* que vigile las actuaciones de las diferentes áreas dentro de la empresa teniendo como meta detectar a tiempo posibles actos de corrupción y activar los mecanismos internos de sanción a los responsables.

2 Bien Jurídico Protegido – Análisis de la Lesividad.

2.1 Definición de corrupción en el sector privado.

Una vez agotado el análisis de la descripción típica del artículo 320.1, vale reforzar algunos conceptos desde la doctrina, como punto de partida es importante dar un repaso a lo que varios autores expresan respecto de la corrupción, así:

Toda conducta desviada fraudulenta y desleal en la gestión de intereses públicos o privados que persigue en todo caso la obtención de un beneficio privado (egoísta), generalmente económico, para el sujeto que comete el acto ilícito o para un tercero, en detrimento del interés público y de intereses privados particulares y colectivos. (Osorio, 2015, p. 24)

Por otra parte, autores como Mata, Gómez, Lazcuraín y Nieto (2018), establecen que:

La filosofía política describe el término corrupción como la infracción del deber que corresponde a una persona conforme a su posición, a cambio de obtener un beneficio al cual no tiene derecho. Esta definición nos muestra que la corrupción es una práctica que puede aparecer en los más variados ámbitos de la vida. (p. 435 – 436)

Se asegura además que:

Hoy la política criminal anticorrupción se asienta sobre parámetros radicalmente diferentes: la corresponsabilización de empresas en la lucha contra la corrupción; un análisis más amplio de su dañosidad social, que la hace mirar especialmente a los efectos que produce en el mercado; y la internacionalización, que ha convertido la lucha contra la corrupción en uno de los grandes ejes de la gobernanza global. (Mata et al, p. 416)

Entonces la corrupción en el sector privado desde una visión amplia puede referirse a prácticas deshonestas, fraudulentas o ilegales llevadas a cabo por empresas, empresarios, ejecutivos o empleados del sector privado en beneficio propio, de la empresa o de terceros.

Los efectos de la corrupción en el sector privado son negativos tanto en lo económico como en lo social, sí por ejemplo la distorsión de la competencia, la reducción de la calidad y seguridad de los bienes y servicios, la pérdida de la confianza en las empresas y en el mercado, y la afectación de la distribución justa de los recursos y la riqueza, entre otros.

Las causas de la corrupción en el sector privado son variadas, una de ellas es la falta de regulación y supervisión adecuada por parte de los entes administrativos de control como las superintendencias, de modo que si una empresa no está sujeta a regulaciones estrictas, aumentan las posibilidades de que los empresarios obtengan ventajas competitivas deshonestas, a través de sobornos a otros empresarios o incluso a funcionarios públicos.

Otra causa puede ser la presión impuesta a los trabajadores de las empresas para lograr resultados financieros y cumplir con las expectativas de directores y accionistas. En algunas empresas, los incentivos y las presiones para alcanzar metas financieras pueden llevar a cabo una cultura empresarial que valora el éxito a cualquier costo, incluso si eso significa actuar de manera poco ética o ilegal. Entonces la falta de ética empresarial y la cultura de la impunidad o “normalización” de prácticas poco éticas, sin duda contribuye y alienta la corrupción en el sector privado.

Por último, no se puede dejar de mencionar que la corrupción en el sector privado al menos en el Ecuador está bastante ligada a la corrupción en el sector público. Si los funcionarios públicos exigen o aceptan sobornos o actúan de manera ilegal, es más fácil para las empresas sucumbir a estas conductas delictivas para obtener beneficios.

2.2 Bien jurídico protegido en el delito económico.

Es importante considerar que otro de los presupuestos que fundamentan la tipificación de esta conducta es que el Derecho Administrativo sancionador ha resultado insuficiente, a la hora de evitar la corrupción en el sector privado, pero ¿será acaso la solución transmutar

esta responsabilidad al Derecho Penal?, ¿será que no es posible fortalecer a los entes gubernamentales de control para que estandaricen e impulsen en las empresas una cultura de buen gobierno corporativo y competencia leal en el mercado?, de modo que, cuando ya se agote la vía administrativa y en efecto se verifique que existe una grave afectación al orden económico y social se remita el procesamiento al sistema penal; lo que podría constituir incluso un requisito de procedibilidad.

Otro de los temas importantes es el **Derecho Penal Económico**, que según Penilla (2018), se define como:

Una especie del derecho penal general, que se ocupa de la tutela de uno o varios bienes jurídicos de carácter supraindividual, de contenido socio-económico, y en algunos casos, de manera indirecta, de la protección de bienes jurídicos de carácter individual, que han sido tipificados como delito, ante el menoscabo o puesta en peligro injustificado de dichos intereses. (p.104)

Y respecto del **bien jurídico protegido** se menciona:

Según Penilla (2018) “el bien jurídico protegido por el Derecho penal económico también protege ese orden económico regulando las relaciones entre particulares, y entre particulares y el Estado, siempre y cuando se encuentren operando dentro de ese sistema”. (p.20)

Según Mata, et al (2018) además:

Lo característico del Derecho penal económico es que los delitos que lo integran tutelan un conjunto de bienes jurídicos supraindividuales, que representan, de un lado, las principales instituciones de nuestro modelo u orden económico (libre competencia, mercado bursátil, sistema crediticio, confianza en la información societaria, etc.) y, de otro, los mecanismos de intervención del Estado en la economía (Hacienda pública, Seguridad Social, subvenciones públicas, regulación del comercio exterior, etc.). (p.47)

Un criterio a favor de la tipificación de conductas que se producen en la esfera de las relaciones económicas, fue la autora Araujo (2014):

Por ello, todas aquellas relaciones tanto de personas naturales así como de y a través de personas jurídicas que afecten a la forma en que los individuos realizan

sus elecciones y decisiones para la administración y consumo de los bienes disponibles y, a su vez menoscaban la forma de satisfacción de sus necesidades, deban ser reguladas desde el ámbito punitivo y sancionador del órgano estatal. (p. 6-7)

El delito de actos de corrupción en el sector privado es relativamente nuevo en el Ecuador, lo que hace que sea poco estudiado, sin embargo, se ha encontrado artículos y tesis en las que se plantean criterios a favor y en contra que exponen lo siguiente:

Previo a la tipificación de la conducta del artículo 320.1, en Ecuador, ya existían voces a favor, así el autor Olavarría, (2016), en su artículo publicado en la revista foro mencionó:

Las conductas relativas al soborno entre particulares son muy habituales en España, en Ecuador y en muchos otros países latinoamericanos. La legislación de defensa de la competencia no parece suficiente ni eficiente para sancionar este tipo de conductas que desde ámbitos internacionales y regionales vienen siendo debatidas y criticadas enfáticamente. Por ello, al igual que ha ocurrido en España y muchísimos otros países de la UE, es necesario legislar penalmente con urgencia este tipo de ilícitos. (p. 84)

Tipificada dicha conducta, Camacho Beltrán, María Paz (2022) en su monografía previa a obtener su título de Abogada sobre “Criterios inobservados por el legislador en el proceso de tipificación del delito de actos de corrupción en el sector privado (art. 320.1 COIP)”, entre las conclusiones expresa:

Adicionalmente, las conductas descritas en el artículo 320.1 del COIP, se consideran conductas antiéticas e inmorales, más no, graves o altamente lesivas, teniendo en cuenta que el derecho penal, en base a su principio de mínima intervención penal, solo debe intervenir en casos de extrema gravedad y siempre y cuando no existan vías alternas para sancionar dichas conductas.

De igual forma, se habló de los criterios de necesidad, eficacia y eficiencia, los cuales una vez explicados y analizados, se concretó la inobservancia de dichos criterios por parte del legislador al tipificar ciertas conductas con una técnica legislativa oscura e inespecífica, lo cual da paso a malas interpretaciones y, por ende, un mal uso del derecho

penal, así como también, quedó demostrado que no resulta necesario ni eficaz penalizar dichas conductas. (p.76)

Por su parte Páez y Berenguer (2022), en su artículo de la revista jurídica Foro, entre los principales problemas en la construcción del tipo penal, señalan:

(...) al abrigo del amplio paraguas del nuevo artículo 320.1 se califican como “actos de corrupción en el sector privado” conductas de muy distinta índole: la primera de las apuntadas, que debiera proteger el buen funcionamiento de la competencia (bien jurídico colectivo); y la segunda, el patrimonio de la entidad (bien jurídico individual). Y, tomando en consideración que se tratan de dos delitos que protegen intereses jurídicos diferentes, hubiera sido preferible su independiente tipificación en el COIP. (p. 198)

Y como parte de sus conclusiones mencionan:

Existe un contenido defectuoso y difuso en el artículo 320.1 en el que se revela una loable pero infructuosa construcción típica por parte del legislador en el caso de la corrupción en el ámbito privado. Esto se puede identificar en la finalidad de protección del bien jurídico protegido, pues se encuentran por un lado elementos relacionados con la buena competencia (pluriofensivo) y el patrimonio propio de la entidad (individual), así como algunos efectos preventivos para evitar la gestión desleal. Sin embargo, no se puede evidenciar de manera clara cuál es la finalidad de esta incursión de la política criminal. (p. 202-203)

Más allá de lo expuesto, y partiendo de que el orden económico implica tanto la estructura, como el funcionamiento de la economía de un país, se puede indicar que es necesario protegerlo a través del Derecho Penal, por razones como las que siguen:

La primera y la más importante quizás abarca el fin preventivo de la pena, que busca a través de su imposición disuadir a las personas y las empresas de participar en actividades ilegales en materia económica y financiera, como el lavado de activos, el fraude, la corrupción, entre otros; de modo que, si se logra evitar la comisión de estos delitos, se previene en general daños a la economía en su conjunto y se logra que el sistema funcione de manera adecuada; esto a su vez devuelve y fortalece la confianza en el sistema económico, pues así los inversionistas al sentirse protegidos por la ley, tienen

mayor disposición a participar en actividades económicas en pro del desarrollo y crecimiento de la colectividad.

Como se ha visto la tipificación de los delitos económicos y delitos contra la corrupción, obedece también a exigencias internacionales, que ponen incluso estándares de calificación y cumplimiento; entonces los países adecúan sus legislaciones tanto en la esfera administrativa, como penal para cumplir con estos estándares, evitar sanciones e incluso obtener financiamiento y apoyo crediticio.

Por tanto, a nivel internacional la lucha contra la corrupción está firme y propende a que los estados a través de sus legislaciones combatan de forma eficaz este fenómeno, que debido a la globalización trasciende fronteras y afecta la economía mundial.

2.3 Enfoque estadístico de los casos investigados a nivel nacional.

Otra arista a considerar es el derecho a la libre competencia en el mercado y a las prácticas de las empresas en las actividades económicas, a la relevancia de la imagen y el cuidado del prestigio corporativo, entonces salta la duda de saber si efectivamente los empresarios van a denunciar este tipo de conductas, o cómo va a llegar a conocimiento de Fiscalía este delito, incluso a nivel estadístico será de ayuda conocer cuántas investigaciones o procesos existen a nivel nacional desde la entrada en vigor de esta norma.

Para el efecto, se ha consultado a la Dirección de Estadística y Sistemas de la Información de la Fiscalía General del Estado, obteniendo la información que se expone a continuación:

El pedido se realizó en el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 2021, hasta el 26 de mayo de 2023, considerando la entrada en vigencia del delito de actos de corrupción en el sector privado.

Según se aprecia del oficio Nro. FGE-CGP-DESI-2023-004457-O, de 29 de mayo de 2023, la información ha sido obtenida del Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales SIAF, herramienta informática en la que se registran los ingresos de las noticias del delito para su tramitación.

Luego del análisis de la información recibida, se puede identificar que en relación al delito de actos de corrupción en el sector privado, establecido en el artículo 320.1 del Código Orgánico Integral Penal, existen los siguientes registros:

En la provincia del Azuay existe una NDD registrada en el mes de abril del año 2023; en la provincia de Cañar existe una NDD registrada en el mes de octubre del año 2022; en la provincia del Guayas existe un registro en el mes de mayo, uno en el mes de agosto, dos registros en el mes de octubre y uno en diciembre del año 2022 y un registro en el mes de abril del 2023, con un total de seis registros; en la provincia de Loja existe un registro en noviembre del 2021; y, en la provincia de Pichincha existe un registro en el mes de octubre del año 2021, un registro en el mes de agosto, dos registros en el mes de septiembre y un registro en diciembre del año 2022, en total cinco registros.

Sumados todos los registros a nivel nacional suman 14 noticias del delito, que corresponden a denuncias formales escritas, cuyo estado procesal es de investigación previa, no se refleja información que dé cuenta si alguna de éstas, ha superado esta fase pre procesal y se ha constituido en proceso penal.

Una lectura del número tan reducido de noticias del delito registradas en el periodo comprendido entre agosto del 2021 y mayo de 2023, es un indicativo de que la necesidad con la que se pretendió justificar la incorporación del tipo penal por parte de los legisladores no fue real, sino que obedece más bien a una medida de populismo penal.

He aquí la importancia de la investigación, pues ante las inquietudes planteadas, es importante llegar a determinar si una vez más el Derecho Penal será la medida más efectiva de lucha contra la corrupción entre privados o si en su defecto solo es una medida de populismo penal que desplaza la responsabilidad del Estado de controlar y velar por el correcto funcionamiento del sistema económico y la sana relación de competencia entre los particulares.

2.4 Alcance de la lesividad del delito.

Para este estudio es trascendental comprender la capacidad lesiva del delito de actos de corrupción en el sector privado, pues la lesión entre particulares contiene matices distintos que las relaciones público privadas. Principalmente la agresión en el ámbito económico representa la competencia desleal en transacciones económicas locales e internacionales.

En países Latinoamericanos y específicamente en el caso del Ecuador implica también una relación con el narcotráfico y lavado de activos, ¿Constituiría su tipificación una herramienta más para combatir delitos relacionados con la lucha anticorrupción?, una pregunta que en la práctica a través del análisis de las noticias del delito y como dichas denuncias no han sido judicializadas confirmaría el análisis de que el Derecho Penal es utilizado políticamente para lograr establecer leyes sin contar con su naturaleza de última ratio, sin embargo el Ecuador acogió la sugerencia de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2014), a través de la Convención contra la corrupción de las Naciones Unidas, recomendando la tipificación de lo que denominan como “soborno en el sector privado”:

“Artículo 21. Soborno en el sector privado. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.” (p. 20)

El autor Artaza, (2019), en su artículo sobre la corrupción entre particulares, propone una clasificación de los intereses que pueden verse afectados por la corrupción entre particulares, siendo las siguientes:

2.4.1 Equivalencia lesiva entre la corrupción pública y la privada en casos de difuminación de funciones.

Al tratar de separar la corrupción pública de la privada se han presentado algunas dificultades, por ejemplo, distinguir el ámbito público del privado cuando existen figuras

que permiten que las instituciones privadas subcontraten obras y servicios en virtud de un contrato público, como en el caso de licitación de obras.

Es así que la empresa que contrata directamente con el Estado puede recibir sobornos o solicitarlos a la empresa mediante la cual subcontrata, por poner un ejemplo el alquiler de maquinaria, a fin de otorgarle preferencia en la subcontratación, estos fondos no son públicos, pero buscan reeditar del Estado, por eso su compleja separación, aquí se configura la corrupción privada, pero tiene el fin de beneficiarse de dineros estatales, si bien no hace daño directo al bien público existe la conducta tipificada en el 320.1 COIP.

El reto para el Fiscal al analizar estas conductas será determinar con seguridad el tipo de corrupción junto a los elementos de convicción que le permitan diferenciar entre las diferentes modalidades de comisión que resultan ser confusas y de difícil aplicación.

2.4.2 La potencialidad lesiva propia o específica de la corrupción entre particulares.

En el marco de la actividad comercial, es en donde tiene apertura el cometimiento de este tipo de delitos, indica Boles 2014 (p. 682) “(...) *ciertas empresas efectúan pagos encubiertos a empleados de otras empresas sin el conocimiento del empleador o el principal, con el propósito de que el sobornado otorgue un negocio al sobornador y de esta forma excluya a los competidores del sobornado (...)*”; lo que ocasiona que no exista lealtad en el proceso concursal, pues al adjudicar el contrato no se da en circunstancias de competencia entre la calidad y precio de los productos o servicios, sino obedece a preferencias dadas por actividades ilícitas.

Los intereses que llegan a ser afectados son de distintas clases, por ser tan amplio su espectro se cuida especialmente el deber de lealtad dentro de las relaciones laborales al interior de las empresas, sin embargo, el Derecho Penal al actuar ex post podría ser excesivo o poco efectivo a la hora de prevenir el delito, por ello es imperativo plantear sanciones al infringir acuerdos de políticas anti soborno en las propias compañías, a su vez crear mecanismos mercantiles que vigilen una competencia leal, existe además la necesidad de proteger el patrimonio y la administración correcta de los bienes corporativos de una empresa que pueden tener un tratamiento desde el Derecho Administrativo sancionador como una alternativa previa a la utilización de todo el aparataje estatal que se activa para la investigación y procesamiento de un delito.

3 Expansión del Derecho Penal Frente al Principio de Mínima Intervención Penal.

3.1 Expansión del Derecho Penal Económico versus el principio de mínima intervención penal.

El término Derecho Penal Económico es un derecho accesorio que se enfoca en las regulaciones y sanciones legales relacionadas con actividades económicas y financieras, se puede decir que su objetivo principal es prevenir, investigar y sancionar delitos que involucran aspectos económicos y financieros, como el fraude, la evasión fiscal, el lavado de dinero, la corrupción en el ámbito empresarial y otras conductas ilícitas relacionadas con transacciones comerciales y financieras.

Empero uno de los desafíos fundamentales en el ámbito del Derecho Penal Económico es la delimitación del bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de los delitos económicos. Esta delimitación es esencial para evaluar la necesidad de tipificar conductas y determinar si la expansión del Derecho Penal Económico amenaza el principio de mínima intervención penal. Por lo que examinaremos cómo se delimita el bien jurídico en el Derecho Penal Económico y evaluaremos si la tipificación de ciertas conductas representa una necesidad o una amenaza a la mínima intervención penal.

El Derecho Penal Económico busca proteger bienes jurídicos que están directa o indirectamente relacionados con el ámbito económico. Estos bienes pueden ser individuales, colectivos o supraindividuales y su delimitación es crucial para justificar la tipificación de conductas delictivas. Algunos ejemplos de bienes jurídicos en el Derecho Penal Económico son:

- **Libre competencia:**

Es un bien jurídico colectivo esencial en el ámbito económico. La competencia leal en el mercado garantiza que los consumidores tengan acceso a una variedad de productos y servicios a precios justos.

- **Patrimonio empresarial:**

Es un bien jurídico individual. Los delitos económicos que afectan el patrimonio de una empresa, como el fraude o la administración desleal, tienen un impacto directo en su estabilidad y solvencia.

- **Confianza en el mercado:**

Es un bien jurídico colectivo y esencial para el funcionamiento de la economía. Los delitos como la manipulación de información financiera o el *insider trading* (uso de información privilegiada) socavan la confianza de los inversionistas y el público en general.

- **Recursos públicos:**

Es un bien jurídico supraindividual. Los delitos fiscales, como la evasión fiscal, afectan la capacidad del Estado para financiar servicios públicos y programas sociales.

La delimitación del bien jurídico es esencial para justificar la tipificación de conductas en el Derecho Penal Económico. Se debe evaluar si la tipificación es necesaria para proteger efectivamente estos bienes. Por ejemplo, en el caso de la libre competencia, la tipificación de prácticas anticompetitivas es necesaria para garantizar la competencia leal y la protección del consumidor. Sin embargo, esta tipificación debe ser precisa y no excesiva para evitar la sobre criminalización.

Por ejemplo, en el ámbito de los delitos fiscales, la tipificación es necesaria para garantizar que los contribuyentes cumplan con sus obligaciones tributarias y que el Estado pueda financiar sus funciones. La evasión fiscal perjudica directamente el bien jurídico de los recursos públicos.

A pesar de la necesidad de tipificar ciertas conductas en el Derecho Penal Económico, existe el riesgo de una intervención penal excesiva que contradiga el principio de mínima intervención. Este peligro se presenta cuando se tipifican conductas que no representan una amenaza significativa para los bienes jurídicos protegidos.

Una de las causas de la expansión del Derecho Penal en palabras de Silva (2001), está en el descrédito de otras instancias de protección, como la ética social, el Derecho Civil y el Derecho Administrativo, y con relación a éste último, indica que se suman factores como la imparable burocratización y la corrupción en la administración pública,

en la que, en lugar de hallar un medios de protección, se tiende a buscar cómplices de delitos. Sin embargo, señala también que considerar al Derecho Penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, o como un mecanismo de socialización o civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la entonces última *ratio*.

Por lo que es preciso citar lo que la norma estable respecto del principio de mínima intervención penal o también conocido como principio de *última ratio*, así en el artículo 3 del COIP, consta:

“Art. 3.- Principio de mínima intervención.- La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.” (COIP, 2021)

En otras palabras, de acuerdo a este principio las sanciones penales deben limitarse a casos de extrema necesidad, priorizando otras formas de sanción o incluso la tolerancia de ciertas conductas ilícitas consideradas menos perjudiciales. En este sentido, el Derecho Penal no se crea para sancionar todas las conductas que puedan afectar los bienes jurídicos que el Estado busca proteger, sino que se reserva para aquellas conductas que representen un peligro más grave para las personas.

Si se analiza el bien jurídico del patrimonio, no se castigará a través del Derecho Penal todos los ataques al mismo; sino solo los más lesivos, así por ejemplo se sancionará el robo o la estafa, más no el incumplimiento de una obligación contractual o una deuda; ya que a diferencia del no pago de deudas, en los dos primeros delitos existen circunstancias de violencia o engaño que ameritan sanción penal.

Es válido considerar además que la criminalización excesiva de todo tipo de conductas y la imposición de sanciones desproporcionadas, en lugar de conseguir fines preventivos o disuasivos, generan desconfianza de la sociedad en el sistema de justicia penal, por lo tanto, es esencial que su tipificación tenga como fundamento una evaluación rigurosa de la gravedad de la conducta y su impacto en los bienes jurídicos a fin de garantizar un equilibrio entre la protección de los bienes jurídicos y la preservación de los principios fundamentales del Derecho Penal.

3.2 Buen gobierno corporativo.

El buen gobierno corporativo se refiere a un conjunto de principios, políticas y prácticas que una empresa utiliza para garantizar la toma de decisiones efectivas, la transparencia, la rendición de cuentas y la protección de los intereses de todas las partes involucradas en la organización. Su objetivo es establecer un marco que promueva la dirección y el control adecuados de una empresa, protegiendo los derechos de los accionistas, los intereses de los *stakeholders* (partes interesadas), y asegurando que la empresa opere de manera ética y en cumplimiento de las leyes y regulaciones.

Ahora bien, en el sector privado ecuatoriano, el buen gobierno corporativo se ha vuelto un tema de creciente importancia, y existen esfuerzos significativos para promover y establecer prácticas que cumplan con estándares internacionales. Por lo que a continuación, se incluyen algunos detalles y estándares relevantes en el contexto del sector privado de Ecuador:

- **Norma:**

Ecuador ha promulgado una serie de leyes y reglamentos para regular el buen gobierno corporativo en el sector privado. El Código Orgánico Integral Penal (COIP) contiene disposiciones relacionadas con delitos económicos y financieros, lo que fomenta la transparencia y la responsabilidad en las empresas. Además, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros supervisa y regula a las empresas en el país.

- **Directores independientes:**

Muchas empresas en Ecuador han adoptado la práctica de incluir directores independientes en sus juntas directivas. Estos directores no tienen vínculos significativos con la empresa y se espera que aporten una perspectiva imparcial y objetiva en la toma de decisiones.

- **Divulgación de información:**

Las empresas cotizadas en la Bolsa de Valores de Quito y la Superintendencia de Compañías están obligadas a divulgar información financiera y operativa de manera regular y precisa. Esto incluye informes financieros, informes anuales y otros datos relevantes para los accionistas y el público en general.

- **Protección de los derechos de los accionistas:**

Los derechos de los accionistas están protegidos en el marco legal ecuatoriano. Los accionistas tienen derecho a participar en las juntas generales, votar en decisiones importantes y acceder a información relevante sobre la empresa.

- **Auditoría y control interno:**

Las empresas suelen establecer comités de auditoría y control interno para supervisar y garantizar que se cumplan las políticas y prácticas financieras adecuadas. Además, se promueve la realización de auditorías externas para evaluar la veracidad y precisión de la información financiera.

- **Ética empresarial:**

Cada vez más, las empresas ecuatorianas están incorporando códigos de ética empresarial que establecen estándares de conducta para empleados y directivos. Esto promueve la integridad en las operaciones de la empresa.

- **Responsabilidad social corporativa (RSC):**

Las empresas en Ecuador están adoptando prácticas de RSC como parte de sus operaciones. Esto implica el compromiso con causas sociales, medioambientales y comunitarias, además de operar de manera rentable.

- **Participación de Accionistas Minoritarios:**

El sector privado ecuatoriano también está enfocado en garantizar que los derechos de los accionistas minoritarios estén protegidos y que tengan voz en la toma de decisiones de la empresa.

Es importante destacar que, si bien Ecuador ha realizado avances en el área del buen gobierno corporativo, aún existen desafíos y oportunidades para seguir mejorando. La adhesión a estándares internacionales y la capacitación en buenas prácticas son pasos claves para fortalecer el sector privado y promover la confianza en las empresas ecuatorianas.

En esta parte se expone casos de empresas ecuatorianas que a lo largo de los años han implementado el buen gobierno corporativo:

Grupo Nobis: Es una empresa ecuatoriana que opera en el sector de la construcción e infraestructura que ha implementado prácticas de buen gobierno corporativo para fortalecer la gestión y la transparencia. Algunas de las acciones que han llevado a cabo incluyen:

- La incorporación de directores independientes en su junta directiva para garantizar una perspectiva imparcial en la toma de decisiones;
- El establecimiento de un código de ética y conducta empresarial que promueve la integridad y la leal actuación en todas sus operaciones;
- La divulgación de su información financiera y operativa de manera regular y precisa, proporcionando a los accionistas y al público en general una visión transparente de sus actividades.

Banco Pichincha: Es una de las instituciones financieras más grandes de Ecuador y ha priorizado el buen gobierno corporativo como parte de su estrategia empresarial, desarrollando las siguientes iniciativas:

- También cuenta con directores independientes en su junta directiva, lo que ayuda a garantizar la toma de decisiones imparciales;
- Ha establecido un comité de auditoría interna y control que supervisa las políticas y prácticas financieras.
- Ha desarrollado programas de responsabilidad social corporativa que abordan cuestiones sociales y medioambientales, promoviendo prácticas comerciales éticas y sostenibles;
- Promueve la participación activa de los accionistas en la toma de decisiones y celebra reuniones de accionistas para discutir asuntos importantes.

Estos son ejemplos de empresas ecuatorianas que han implementado prácticas de buen gobierno corporativo como parte de su estrategia empresarial, por lo que a medida que el interés por el buen gobierno corporativo sigue creciendo en Ecuador, es probable que más empresas sigan este camino para fortalecer la transparencia, la rendición de

cuentas y la gestión efectiva, medidas que sin duda son de utilidad a la hora de prevenir los delitos de corrupción en el sector privado.

3.3 Leal competencia en el mercado.

La leal competencia en el mercado ecuatoriano es un pilar fundamental para el desarrollo económico y la prosperidad del país. La competencia justa y transparente es esencial para garantizar que las empresas compitan en igualdad de condiciones, promoviendo la eficiencia, la innovación y la diversidad de productos y servicios. En un entorno de competencia leal, las empresas tienen la oportunidad de crecer y prosperar, lo que beneficia tanto a los empresarios como a los consumidores. La realidad ecuatoriana se ha enfrentado a desafíos relacionados con la corrupción y la falta de regulación efectiva, lo que ha distorsionado la competencia.

En este contexto, es crucial examinar de cerca la corrupción como un fenómeno global que tiene un impacto perjudicial en la economía y la sociedad en general. En el Ecuador, la corrupción ha sido un desafío persistente que afecta significativamente la competencia en el mercado; por lo que se analizará cómo la corrupción influye en la competencia en el mercado ecuatoriano y, en última instancia, en empresas y consumidores.

Entonces, al saber que la corrupción es un problema latente en el Ecuador hay que mencionar que se puede manifestar en diversas formas, tanto como soborno en las transacciones comerciales cuanto en la influencia indebida en la toma de decisiones gubernamentales.

Por lo que se va a empezar señalando que la corrupción puede socavar la competencia de múltiples maneras. En primer lugar, permitiendo que empresas obtengan ventajas competitivas injustas al obtener contratos públicos o privados o influir en la regulación a través del soborno, lo que resulta una competencia desigual, por cuanto las empresas que no participan en prácticas corruptas se enfrentan a desafíos significativos para ingresar o competir en el mercado y lamentablemente quiebran.

En segundo lugar, debido a que la corrupción puede dar como resultado la asignación de recursos públicos a proyectos inflados o a empresas que ofrecen sobornos en lugar de a aquellas que ofrecen las mejores ofertas en términos de calidad y precio,

aumentando los costos para las empresas y, en última instancia, se traduce en precios más altos para los consumidores.

Y, en tercer lugar, dado que la corrupción puede hacer que el proceso de inicio de un nuevo negocio sea más costoso y complicado a causa de la necesidad de sobornar a funcionarios o lidiar con prácticas corruptas que limitan la competencia en el mercado.

Como resultado de todo esto es evidente que la corrupción deja consecuencias profundas en la competencia, es así que las empresas enfrentan costos adicionales para competir y se ven limitadas sus oportunidades de crecimiento. Además, la falta de incentivos para la calidad y la innovación debilita la mejora de productos y servicios, lo que afecta a los consumidores al recibir productos de menor calidad y con menores opciones.

Así también, la exclusión de pequeñas y medianas empresas del mercado debido a prácticas corruptas contribuyen a la desigualdad económica y a la reducción de la diversidad de productos y servicios disponibles para los consumidores, generando un mercado menos dinámico y menos propenso a la innovación.

La cuestión de cómo abordar la criminalización de actos de corrupción privada es un tema fundamental en la lucha contra este fenómeno, por lo que es interesante observar cómo se ponderan diferentes intereses en el ámbito comparado para determinar qué conductas deben ser objeto de protección penal.

Es así que se pueden identificar tres modelos básicos, aunque en la práctica es común encontrar elementos de cada uno de ellos en las legislaciones nacionales, lo que refleja la complejidad de la cuestión.

El primer modelo se enfoca en la protección de los intereses económicos corporativos, los intereses de los accionistas y los intereses patrimoniales en un sentido amplio; en este enfoque, se criminalizan actos de corrupción que afectan negativamente a la empresa en su conjunto, ya sea a través de prácticas que desvían recursos o que perjudican su reputación. La premisa subyacente es que la corrupción socava la estabilidad financiera de la empresa y, en última instancia, afecta a los accionistas y otros interesados en el éxito de la entidad.

El segundo modelo se centra en la protección de los deberes de lealtad en el ámbito laboral, específicamente en relación con los empleados y sus empleadores, su énfasis recae en la relación de confianza entre los trabajadores y la empresa. Los actos de corrupción que involucran a empleados que traicionan la confianza de su empleador, ya sea a través de sobornos u otros actos indebidos, se consideran dignos de castigo; este enfoque busca preservar la integridad y la ética en el ámbito laboral.

El tercer modelo prioriza la protección de la libre y leal competencia, así como el buen funcionamiento de los mercados; en este enfoque, se criminalizan prácticas que distorsionan la competencia justa, como los sobornos a competidores o la manipulación de contratos públicos para favorecer a una empresa en detrimento de otras. La idea subyacente es que la corrupción que afecta la competencia perjudica a la economía en su conjunto y, en última instancia, a los consumidores.

En la práctica, las legislaciones nacionales pueden combinar elementos de estos tres modelos, reconociendo que la corrupción en el ámbito privado a menudo afecta múltiples intereses. La elección del enfoque a seguir puede depender de la cultura legal y económica de cada país, así como de los desafíos específicos que enfrenta en la lucha contra la corrupción.

En última instancia, el impacto de la corrupción en la competencia en el mercado ecuatoriano es un problema complejo que afecta a empresas que enfrentan costos adicionales y barreras para competir, en los consumidores, que experimentan precios más altos, productos de menor calidad y con menos opciones y, en la competencia en el mercado al permitir prácticas empresariales desleales y distorsión en la asignación de recursos; siendo la meta promover un entorno empresarial ético y justo que beneficie a la sociedad en su conjunto.

4 ¿Tipificación Necesaria en el Ecuador?

A lo largo de este estudio, una vez analizadas las diferentes probabilidades de que este tipo penal prospere, se debe insistir en que el Derecho Penal está reservado para conductas que atenten gravemente contra la sociedad, el Estado no puede pretender resolver todas las conductas por medio de éste, ya que pueden tener un tratamiento diferente dentro del campo del Derecho Administrativo, Tributario o Mercantil.

Sin embargo; el caso del Ecuador es un caso especial por pertenecer a una idiosincrasia y cultura que normaliza, permite y acepta dentro de sus prácticas realizar actos de corrupción, como se pudo comprobar a través de la puntuación que otorga la Organización Internacional de Transparencia; además de ser un país por medio del cual transitan y se comercializan estupefacientes, hecho que incrementa el lavado de activos y otras conductas que requieren medidas como las que el legislador ha previsto, aunque en otros países sean tratadas por leyes especiales, como por ejemplo en Colombia “Estatuto Anticorrupción” y la “Ley 365 de 1997” que establece normas tendientes a combatir la delincuencia organizada, en Argentina “El Código Aduanero”, “Ley de defensa de la competencia”, junto con “Ley de subversión económica”.

Del estudio de las denuncias recibidas por la Fiscalía General del Estado mediante el Sistema Integrado de Actuaciones Fiscales SIAF vemos que las 14 noticias del delito se encuentran en fase pre procesal y ninguna ha logrado convertirse en proceso penal, es factible que este fenómeno siga ocurriendo por la confusión en la redacción que presenta el artículo 320.1 del COIP.

En ese sentido se considera que el legislador actuó de buena fe al incorporar este tipo penal al Código Orgánico Integral Penal, sumándose de esta forma a la lucha anticorrupción de varios países de Latinoamérica, motivando al ciudadano y a las empresas a la no realización de conductas lesivas; no obstante, este artículo requiere una reforma que permita distinguir claramente y separar la conducta del delito de actos de corrupción en el sector privado, frente a la administración desleal, para evitar una mala aplicación o extensiva interpretación del mismo.

Va de la mano la posibilidad de implementar de forma imperativa los mecanismos de *compliance* en las empresas privadas, en donde el oficial de cumplimiento sea el encargado de vigilar y asegurar la observancia de políticas internas que promuevan prácticas éticas y transparentes que aseguren una competencia leal en el mercado.

Mediante la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción, aprobada el 11 de febrero de 2021 por la Asamblea Nacional, se ha incorporado a los artículos 45 y 49 circunstancias de atenuación para la responsabilidad de las personas jurídicas, estableciendo requisitos mínimos para la implementación de los programas de cumplimiento.

Lo dicho, permite sostener que la tipificación de esta conducta resulta necesaria, pero que para su prevención se requiere la intervención del Estado a través de los entes de control no penales, así como también se requiere la implementación de controles corporativos internos y programas de cumplimiento orientado a advertir riesgos penales como la corrupción privada.

4.1 Propuesta de reforma en la tipificación.

La reforma del artículo 320.1 del COIP comprende dividir el artículo para evitar su confusión en: 1) Actos de corrupción en el sector privado y 2) Actos de administración desleal en la empresa, por cuanto del estudio efectuado se comprendió que estas conductas obedecen a ámbitos de protección penal distintos y corresponde se tipifiquen de forma separada, así:

Art. 320.1 Actos de corrupción en el sector privado.- El que por sí o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directores, gerentes, administradores, accionistas, socios, representantes legales, apoderados, asesores o cualquier empleado que ejerza un cargo de dirección en una persona jurídica o sociedad de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación o comité, una dádiva o cualquier beneficio material o inmaterial no justificado, como contraprestación por la realización u omisión de un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Con la misma pena del párrafo anterior será sancionado el director, gerente, administrador, accionista, socio, representante legal, apoderado, asesor o cualquier empleado que ejerza cargo de dirección en una persona jurídica o sociedad de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación o comité que, por sí o por interpuesta persona, acepte, reciba o solicite una dádiva o cualquier beneficio material o inmaterial no justificado, ya sea para realizar u omitir un acto que le favorezca a él o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

Se aplicará el máximo de la pena prevista en el primer párrafo cuando la conducta realizada produzca un perjuicio económico en detrimento de la persona jurídica o

sociedad de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación o comité.

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

Art. 320.2.- Actos de administración desleal en la empresa.- El director, gerente, administrador de hecho o de derecho, accionista, socio, representante legal, apoderado o cualquier empleado que ejerza cargo de dirección en una persona jurídica o sociedad de derecho privado constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, abuse, se apropie, distraiga o disponga arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, activos, efectos que los representen, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

III CONCLUSIONES

La incorporación del delito de actos de corrupción en el sector privado, en la legislación penal ecuatoriana, se produjo en virtud de la reforma en materia anticorrupción que entró en vigencia a partir del año 2021, de modo que es relativamente nuevo.

El análisis pormenorizado de la descripción típica del artículo 320.1 del Código Orgánico Integral Penal, permitió identificar varias modalidades de comisión que incluye: el ofrecimiento y recepción de sobornos entre privados, la disposición arbitraria de bienes y activos de la empresa, e incluso contempla una circunstancia de agravación de la pena cuando se trate de las contrataciones en el sector público o donde se vinculen recursos públicos, lo que implica que existan bienes jurídicos protegidos diferentes; así en la corrupción activa y pasiva lo que se protege es el orden económico; mientras que en la administración desleal es el patrimonio de la empresa.

Se demostró que en la corrupción privada el bien jurídico tutelado es el orden económico, pues el tipo penal es específico al delimitar la conducta al curso de las actividades económicas, financieras o comerciales en el sector privado, lo que se traduce en la protección de la economía y su correcto funcionamiento en el Estado.

Se corroboró que la protección del orden económico y social, desde el Derecho Penal está justificada, por cuanto al ser un bien jurídico de naturaleza supraindividual, constituye una condición necesaria para el funcionamiento de la sociedad, y por ende relevante para el sistema penal.

Se confirmó que la tipificación de los actos de corrupción en el sector privado es necesaria para sancionar y prevenir estas prácticas ilícitas, dado que, sin una tipificación clara, la persecución de estos delitos puede resultar más complicada y menos efectiva.

Se definió que es necesario adoptar medidas paralelas al sistema penal que permitan prevenir la corrupción privada en las empresas, y que una de ellas es la aplicación estandarizada e imperativa de programas de cumplimiento o *compliance*, lo cual se acompaña de la implementación de buenas prácticas de competencia leal en el mercado y buen gobierno corporativo, para asegurar la confianza en las empresas y organizaciones privadas en general, sumado a un efectivo control de los entes administrativos gubernamentales.

Se afirmó que en virtud del poco tiempo transcurrido desde la tipificación del delito en el COIP, existe un número reducido de casos denunciados en Fiscalía y que éstos aún no han superado la fase de investigación previa; sin embargo, la motivación del legislador para su incorporación en la normativa penal, no es irracional o fundada en el populismo penal, sino que obedece al proceso de expansión del Derecho Penal que la sociedad está enfrentando debido a nuevas amenazas y fenómenos delictivos y por tanto no vulnera el principio de mínima intervención penal.

Una vez que se verificó que la tipificación del delito de actos de corrupción en el sector privado en Ecuador es necesaria, también se ultimó que la descripción típica de la norma adolece de algunos problemas de técnica legislativa que afectan tanto el contenido como su forma; ya que se confunde dos conductas que responden a la protección de bienes jurídicos distintos; y se abusa en la redacción del empleo de elementos normativos, lo cual trae como consecuencia dificultades de interpretación y aplicación.

Ante los problemas detectados en la tipificación del artículo 320.1 del COIP, se recomienda la reforma del mismo, con el fin de establecer cada modalidad de forma autónoma; para sancionar por un lado los actos de corrupción en el sector privado, y por

otro la administración desleal en las empresas, esto para facilitar la aplicación efectiva de la misma.

Finalmente, se plantea y recomienda el texto elaborado para la reforma normativa que separa estos tipos penales, con la finalidad de combatir con mejores herramientas la corrupción en el sector privado, dentro de parámetros de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos:

Araujo, M. (2014). *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y Publicaciones

Arocena, G. (2017) *Acerca del denominado “criminal compliance”* Revista Crítica Penal y Poder, No. 13, (p. 129)

Artaza Varela, O. (2019). Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado. Revista de derecho (Coquimbo), vol. 26, 6, 2019

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, España: Editorial Trotta

Boles, J. (2014). The two faces of bribery: international corruption pathways meet conflicting legislative regimes. Michigan journal of international law, 35(4), p.682. Recuperado de; <https://bit.ly/2M3TyHt>

Camacho, M. (2022). *Criterios inobservados por el legislador en el proceso de tipificación del delito de actos de corrupción en el sector privado (art. 320.1*

- COIP). (Tesis de pregrado). Universidad ECOTEG del Ecuador). Recuperado de <https://repositorio.ecotec.edu.ec/handle/123456789/422>
- Cámara, S. (2020). *El perfil del delincuente de cuello blanco. Problemática conceptual y perspectivas de análisis para la Criminología*. Derecho y Cambio Social, No. 59 (1), p. 1-55.
- Jiménez, F. y García, L. (2015). *El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal*. Revista IUS, 9(35), 159-178. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000100159&lng=es&tlng=es.
- Mata, N. Gómez, J. Lascuraín, J. y Nieto, A. (2018). *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid, España: DYKINSON
- Muñoz, F. (2019). *Derecho Penal Parte Especial*. 22ª. Edición. Valencia, España: Editorial Tirant lo blanch
- Olavarría, F. E. (2016). *¿Debe tipificarse la corrupción privada en el Ecuador?: análisis comparado del delito de corrupción en los negocios en España y de las normas del Derecho de la Competencia*. Foro: Revista de Derecho, (26), 68-86.
- Osorio, Ch. A. (2015). *El enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares*. Bogotá, Colombia: Ibañez
- Páez, P. y Berenguer, S. (2022). *En torno a la corrupción privada regulada en el Código Orgánico Integral Penal*. Foro: Revista de Derecho, (38), 187-205. Epub 04 de julio de 2022. Recuperado de <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.9>

Penilla, A. (2018). *El bien jurídico en el derecho penal económico*. Montevideo - Argentina: Ediciones BDEF.

Punín, P. (2022). *Círculo de castigo. Una mirada a la prisión y a la desigualdad social en Ecuador*. CÁLAMO / Revista de Estudios Jurídicos. Quito, Ecuador. Núm. 17: p. 98-112

Rodríguez, F. (2020). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I*. 3ª. Edición. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica Cevallos

Rodríguez, F. (2022). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II*. 3ª. Edición. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica Cevallos

Salinero Echeverría, S., Alarcón Soto, R., & Galleguillos, S. (2019). *La corrupción en el mundo de los negocios. Una aproximación criminológica teórica y empírica para el caso chileno*. *Ius et Praxis*, 25(3), 333-407. Recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122019000300333&script=sci_arttext&tlng=pt

Sánchez, P. G. (2011). *Los delitos de cuello blanco*. *Cont4b13*, (40), 28-29.

Silva, J. (2001). *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. 2ª. Edición. Madrid, España: Civitas

Cuerpos normativos:

Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. (2005). Registro Oficial Suplemento 166 de 15 de diciembre de 2005.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas: Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011, Registro Oficial 653, Primer Suplemento, de 21 de diciembre de 2015 y Registro Oficial 180, Suplemento, de 14 de febrero de 2018.

Código Orgánico Integral Penal. (2022). Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014. Reformas: Registro Oficial 279 de 29 de marzo de 2023.