

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Análisis de la Tipificación de los Actos de Corrupción en el Ámbito
Privado en Ecuador**

Christian Martín Abad Izurieta
Jurisprudencia

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

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos:	Christian Martín Abad Izurieta
Código:	00203246
Cédula de identidad:	1718385956
Lugar y fecha:	Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

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

UNPUBLISHED DOCUMENT

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

ANÁLISIS DE LA TIPIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO PRIVADO EN ECUADOR¹

ANALYSIS OF THE TIPIFICATION OF PRIVATE CORRUPTION ACTS IN ECUADOR

Christian Martín Abad Izurieta²

martinabadig@hotmail.com

RESUMEN

Universalmente existe una corriente de pensamiento jurídico que busca un reproche penal para los actos de corrupción en el ámbito privado. Corriente que ha tenido como consecuencia directa la introducción del artículo 320.1 del Código Orgánico Integral Penal. Mediante este artículo se sancionó a la corrupción privada. Sin embargo, la introducción de este tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico contraviene los principios rectores del derecho penal, y su aplicación carece de practicidad y efectividad. Del análisis del tipo penal no es claro el bien jurídico que pretende proteger y su integración a nuestro ordenamiento jurídico parece responder al populismo penal. Sobre todo el tipo penal no es necesario, ya que existen otras acciones en nuestro ordenamiento jurídico de carácter civil suficientemente efectivas, para obtener una indemnización de manera sencilla y directa de los daños económicos que sufre la persona jurídica de derecho privado por los actos de corrupción de sus empleados.

PALABRAS CLAVE

Corrupción privada, política criminal, principios del derecho penal.

ABSTRACT

Universally there is a current of legal thought that seeks a criminal sanction for acts of corruption in the private sphere. Consequently, article 320.1 was introduced in the Ecuadorian Organic Criminal Code. Through this article, private corruption is now criminally punished. However, the introduction of this type of crime in our legal system contravenes the guiding principles of criminal law, and its application lacks practicality and effectiveness. From the analysis of the criminal type, it is not clear what this article seeks to protect and its integration into our legal system seems to respond to criminal populism. Above all, the criminal type is not necessary, since there are other actions in our legal system of civil nature sufficiently effective, to obtain compensation in a simple and direct way for the economic damages suffered by the legal person under private law for the acts of corruption of its employees.

KEYWORDS

Corruption in the private sector, criminal policy, principles of criminal law.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por: Ernesto Albán Ricaurte.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. DESARROLLO.- 5.1. ANTECEDENTE LEGISLATIVO.- 5.2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL.- 5.2.1. VERBO RECTOR.- 5.2.2. SUJETO ACTIVO CALIFICADO.- 5.2.3. SUJETO PASIVO.- 5.2.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.- 5.3. ARGUMENTOS A FAVOR DEL TIPO PENAL.- 5.4. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL TIPO PENAL.- 5.4.1. SOBRE LA CONSTITUCIÓN.- 5.4.2. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL.- 5.4.3. AMPLITUD DEL TIPO.- 5.4.4. SOBRE LAS VÍAS NO PENALES.- 5.4.5 PRACTICIDAD Y APLICABILIDAD DEL TIPO.- 6. CONCLUSIONES

1. Introducción:

La corrupción es un concepto bastante amplio, al cual se le pueden atribuir numerosas definiciones. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la define como “una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad.”³ Concepto que generalmente se encuentra relacionado con el indebido funcionamiento de la administración pública de un Estado y de sus funcionarios.

Sin embargo, a lo largo de la última década ha existido suficiente evidencia para sostener que existe una corriente de pensamiento jurídico global que busca un reproche penal para los actos de corrupción que se dan entre privados, sobretudo en el ámbito empresarial.

El punto de inicio de esta corriente de pensamiento fue en su momento la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, mediante la cual los estados parte acordaron realizar todas las acciones posibles para erradicar todo tipo de corrupción, siempre y cuando el sistema jurídico interno de cada país lo permita.⁴

Consecuentemente, varios sistemas jurídicos alrededor del mundo han procedido a sancionar los actos privados de corrupción. El derecho español, el derecho peruano y el derecho americano por mencionar algunos, han incluido en sus normas de carácter penal, artículos que sancionan estos actos. A medida que transcurre el tiempo, cada vez más países han procedido a realizar esta tipificación.

Esta corriente se ha convertido en una de las principales razones por las cuales el derecho penal ecuatoriano pasó de sancionar exclusivamente la corrupción en el sector

³ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, México, 31 de octubre de 2003, ratificado por el Ecuador el 15 de diciembre de 2005.

⁴ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

público a través de tipos penales como el peculado, el enriquecimiento ilícito, el cohecho, y la concusión, a también sancionar actos de corrupción en la esfera privada.

Estas sanciones a los actos de corrupción en la esfera privada recientemente entraron en vigor en el Ecuador, a través de La Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, en materia anticorrupción. Esta tipificación es considerada por los legisladores como un real avance en la legislación penal ecuatoriana ya que, según ellos, existen dentro de las empresas, conductas desleales que pueden rasgar en corrupción.⁵

Adicionalmente, en el contexto político-social ecuatoriano la corrupción en la esfera tanto pública como privada ha sido una constante en nuestra sociedad. Es una conducta que es repudiada por la generalidad y existe un clamor frecuente e intenso entre la población ecuatoriana, de sancionar a las personas corruptas con multas y penas de privación de la libertad.

Esta percepción de la sociedad ecuatoriana frente a los actos de corrupción, junto con la corriente de pensamiento universal que busca reprochar penalmente a la corrupción en el ámbito privado, ha resultado en la inclusión del artículo 320.1 en el Código Orgánico Integral Penal. Si bien la tipificación de la corrupción en el ámbito privado es considerada por los legisladores como una decisión acertada, es necesario analizar si jurídicamente cabe o no la tipificación de estas acciones.

A breves rasgos, esta tipificación parece responder a argumentos de necesidad, y no se encuentra debidamente fundamentada con argumentos de índole jurídica, lo que podría devenir en una contravención de los principios rectores del derecho penal, a no gozar de practicidad, efectividad y menos aún, de un correcto análisis técnico jurídico por parte del órgano legislativo.

Con el planteamiento de este problema jurídico, el objetivo de este trabajo es determinar si es jurídicamente correcto o no, tipificar los actos de corrupción en el sector privado en el Ecuador. Este objetivo se logrará a través de una metodología de análisis normativo, con el fin de entender la construcción técnica del artículo 320.1 del Código

⁵ Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción. Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. Primer debate. 25 de noviembre de 2020. [http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer Debate del Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del COIP en materia Anticorrupción.pdf](http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer%20Debate%20del%20Proyecto%20Unificado%20de%20Leyes%20Org%C3%A1nicas%20Reformativas%20del%20COIP%20en%20materia%20Anticorrupci%C3%B3n.pdf)

Orgánico Integral Penal, y su compatibilidad con normas y principios del derecho penal ecuatoriano. Además, se analizarán los argumentos que en su momento justificaron la inclusión de este tipo penal en el COIP.

2. Estado del Arte:

Para realizar una adecuada contextualización de esta tipificación, es pertinente mencionar y tomar en cuenta algunos antecedentes sociales y jurídicos que han marcado el camino para llegar a la regulación de esta.

Primeramente, es importante complementar el concepto general de la Corrupción, que según la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2004⁶ es un fenómeno maligno que debilita la democracia y el estado de derecho, y que abre la puerta a violaciones a los derechos humanos, alterando el mercado e indicando, además, que la corrupción se encuentra en todos los países del mundo, pero que las consecuencias o efectos más importantes de la misma, se dan en países en vías de desarrollo.

Específicamente en cuanto a la tipificación de la corrupción privada, tanto Cecilia Madrid como Walter Palomino, ambos profesores de Derecho de la Universidad Católica de Perú señalaron en el año 2019, que antes de la tipificación de los actos de corrupción en el ámbito privado, el Código Penal Peruano, como el **ecuatoriano**, históricamente se orientó a la sanción de comportamientos de corrupción pública. Es por esto que, previo a la reforma penal peruana, la corrupción solo se sancionaba cuando uno de los intervinientes era un funcionario público. Los autores concluyen que, para combatir la corrupción es necesaria la sanción de todas las formas de esta, aún cuando todos los intervinientes sean personas particulares.⁷

En este mismo sentido, Ángeles Villegas García y Miguel Ángel Encinar del Pozo sostuvieron en el año 2020, que la idea de que la corrupción tenga que ser castigada por el derecho penal está extendida en todos los países de la Unión Europea. Sobretudo consideran que los hechos de corrupción privada tienen relevancia penal porque destruyen la credibilidad y estabilidad del sistema económico y por tanto no pueden estar al margen del derecho penal.⁸

⁶ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

⁷ Cecilia Madrid Valerio y Walter Palomo Ramírez, “Análisis de la tipificación de la corrupción privada en el Perú: ¿Una estrategia global contra la corrupción también debe involucrar a los particulares? ¿Y a las empresas?” *IUS ET VERITAS* 58 (2019), 1-23.

⁸ Miguel Ángel Encinar del Pozo y Ángeles Villegas García. *Lucha Contra la Corrupción, Compliance, e investigaciones internas. La influencia del Derecho Estadounidense* (Navarra: Editorial Aranzadi, 2020), 27.

Por otro lado, previo a la tipificación de actos de corrupción en el ámbito privado en Ecuador, Francisco Eugenio Olavarría concluyó en 2016 que, si bien la tipificación de la corrupción privada es un tema en constante debate internacional, el Estado Ecuatoriano sí estaría legitimado para determinar esta conducta como delictiva, sin violar ningún principio fundamental, pues la legislación de defensa de la competencia no parece ser eficiente para sancionar este tipo de conductas, por lo cual habría que recurrir a la intervención del derecho penal.⁹

Desde el punto de vista contrario, Carlos Gómez, autor mencionado en algunas sentencias nacionales, sostiene que el principio de mínima intervención penal limita al derecho penal a ocuparse exclusivamente de proteger derechos que sean absolutamente necesarios para el libre desarrollo de la personalidad y el funcionamiento adecuado de la sociedad. Principio del cual se desprende el principio de subsidiariedad y el principio de fragmentariedad del derecho penal.¹⁰

Así mismo, es necesario señalar el pensamiento de Raúl Zaffaroni, que sostiene que la intervención del poder punitivo del Estado no resuelve ningún conflicto, sino que se limita a suspenderlos en ciertos casos, e incluso existen supuestos en que su intervención es inadecuada y además puede llegar a ser burda. Esto respecto del principio de mínima intervención del derecho penal y respecto de la poca eficacia del derecho penal al momento de resolver problemas y conflictos de manera práctica.¹¹

3. Marco Normativo:

La legislación y las normas que han introducido sanciones a la corrupción en el ámbito privado en diferentes cuerpos normativos, son una consecuencia directa de la corriente de pensamiento internacional, que busca un reproche penal a este actuar humano. Específicamente, como se ha establecido, la normativa ecuatoriana que versa sobre el concepto en mención fue recientemente introducida en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, es importante señalar, en primer lugar, la normativa nacional que fue recientemente introducida a nuestro ordenamiento jurídico y luego normativa

⁹ Francisco Eugenio Olavarría, “¿Debe tipificarse la corrupción privada en Ecuador? Análisis Comparado del Delito de Corrupción en los negocios en España y de las normas del Derecho de la competencia.” *Revista de Derecho FORO* 26 (2016), 1-20.

¹⁰ Carlos Gómez. *Introducción al Derecho Penal Constitucional*. (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017), 22-23.

¹¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Manual de Derecho Penal Parte General*, (Buenos Aires: Ediar, 2016), 117-118.

internacional que dio origen a la primera, así como también los principios y las jurisprudencias relevantes en la materia.

3.1. Normativa Ecuatoriana sobre los actos corrupción en el ámbito privado:

La Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción que tipificó los actos de corrupción en el ámbito privado fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 392 de 17 de febrero de 2021. Su disposición final indicó que la Ley entraría en vigor 180 días a partir de su publicación en el Registro Oficial.¹² Es decir que, en el mes de agosto del año 2021, la Ley Reformatoria del COIP en mención oficialmente entró en vigor.

El tipo penal de los actos de corrupción en el ámbito privado se encuentra en el artículo 320.1 del Código Orgánico Integral Penal, que posteriormente será analizado a profundidad pero que, en resumen, determina que cualquier empleado en cargos de dirección de una empresa que reciba o solicite algún tipo de recompensa a cambio de 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.¹³

3.2. Normativa internacional sobre los actos de corrupción en el ámbito privado:

El cuerpo normativo internacional más importante sobre corrupción, que desató la corriente de pensamiento que busca penar la corrupción privada en todos los países, es sin lugar a duda el primer instrumento que incluyó en sus normas una sección destinada a definir y analizar la corrupción en todas sus formas y en definir las formas de prevenirla.

Dicho instrumento internacional es la Convención de las Naciones Unidas contra La Corrupción, que fue adoptada en el año 2004 y que señala en su artículo 12 que cada estado parte adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas de control internas en el sector privado; así como para sancionar de manera, civil, administrativa e incluso penal el incumplimiento de estas medidas.¹⁴ Esta convención marca el inicio de la tipificación de la corrupción privada en el marco internacional y compromete a todos los Estados a buscar vías adecuadas para reprochar dicho accionar ilícito.

Adicionalmente, este instrumento internacional recalca que la corrupción privada es el principal obstáculo para el desarrollo de un país y al eliminarla se podría mejorar la

¹² Disposición final, Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción. R.O. Segundo Suplemento No. 392 de 17 de febrero de 2021.

¹³ Artículo 320.1, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 30 de agosto de 2021.

¹⁴ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

calidad de vida de millones de personas en el mundo, razón por la cual países como España y recientemente Ecuador han incluido la tipificación de la corrupción en el sector privado en sus respectivos códigos penales.

Ahora bien, también es importante señalar que el artículo 65 de la presente Convención expresamente indica que cada Estado parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones establecidas en la Convención.¹⁵ Así, claramente se establece el límite de aplicación de la Convención, aplicación que como bien señala el artículo 65, no puede justificar la inclusión de ciertas medidas legales que contravengan los principios fundamentales del derecho penal interno ecuatoriano.

3.3. Normativa Penal y Jurisprudencia Española sobre la corrupción privada:

Es importante tomar en cuenta la normativa penal Española, ya que el ordenamiento jurídico de este país fue uno de los primeros en tipificar el delito de corrupción entre particulares, pues la Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio de 2010, que reformó el Código Penal español tipificó este delito, hace más de diez años. Es así que este código penal sancionó la corrupción en los negocios privados con una pena de seis meses a cuatro años.¹⁶ En específico el tipo penal dice lo siguiente:

“El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.”¹⁷

Cabe señalar que en el tipo penal figura una pena de privación de la libertad, así como también una multa para el infractor.

En este sentido, la sentencia No. 173/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona, España señala que existen algunos requisitos que deben concurrir para que se configure la corrupción entre particulares. Estos requisitos, entre otros, establecen que la entrega o recepción del beneficio o ventaja necesariamente tiene que poner en grave

¹⁵ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

¹⁶ Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, Boletín Oficial del Estado Número 281 de 24 de noviembre de 1995, reformado por última vez el 19 de julio de 2021.

¹⁷ Artículo 286 bis, Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal.

peligro la competencia justa en la contratación de bienes y servicios. Además, los jueces señalan que es necesario que exista un peligro concreto y que el beneficio y/o ventaja se conceda en el marco de un contrato que sea inminente para la empresa.¹⁸

En el derecho español, el delito de corrupción en el ámbito privado ha sido desarrollado profundamente, convirtiéndose en el régimen jurídico que guía a otros países que pretenden tipificar el mismo delito o que ya lo han hecho, como es el caso ecuatoriano.

Por tanto, la normativa española se entiende como un referente para analizar el tipo penal de la corrupción privada y para determinar algunos de los requisitos necesarios para que el delito se configure.

3.4. Principio de Mínima Intervención del derecho penal ecuatoriano y sus jurisprudenciales

Frente a esto, en Ecuador el artículo 195 de la Constitución determina que la acción penal se ejercerá bajo los principios de oportunidad y de mínima intervención penal.¹⁹ Estos principios limitan la capacidad punitiva del Estado y señalan que el derecho penal solo podrá intervenir e interponer sanciones cuando sea absolutamente necesario y se encuentre debidamente justificado.

Adicionalmente, el principio de mínima intervención penal se encuentra señalado en el artículo 3 bajo el título II “Garantías y Principios Generales” del COIP, sobre todos los otros principios rectores del derecho penal debido a su gran importancia en nuestro ordenamiento. Dicho artículo señala que “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”.²⁰

Así, es evidente que el derecho penal ecuatoriano es subsidiario y de ultima ratio, y que toda disposición penal puede ser considerada como justificada, únicamente cuando no existan recursos o mecanismos de otra índole para proteger y hacer valer los derechos de las personas.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, en su sentencia sobre el caso *Kimel vs. Argentina* señaló que:

“[...] el principio de mínima intervención penal es característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes

¹⁸ Ministerio Fiscal c. D. Moisés, Audiencia Provincial de Barcelona, 28 de febrero de 2018, párr. 20.

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

²⁰ Artículo 3, COIP.

jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa [...]”²¹

De acuerdo con esta jurisprudencia de la CIDH, la existencia del principio en mención es necesaria en una sociedad democrática. Además, la CIDH claramente señala que la vía penal solo debe ser aplicada y utilizada estrictamente cuando sea necesaria.

Adicionalmente, cabe señalar lo que la CIDH ha reflexionado sobre el uso adecuado de la intervención penal mediante la sentencia del 20 de noviembre de 2009, sobre el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*:

“[...]Las sanciones penales y su severidad nunca deberían ser utilizadas como un recurso para sofocar el debate público sobre cuestiones de interés general y para limitar la crítica a los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, al Estado o sus instituciones. [...]”²²

Este criterio de la CIDH es de vital importancia, ya que establece que el derecho penal no puede ser utilizado con el propósito de apaciguar el debate público sobre temas de interés general. En el caso ecuatoriano, sancionar la corrupción en todas sus formas ha sido una constante en el debate público. Este interés general ha impulsado la sanción penal de la corrupción en todas sus formas, lo cual ha tenido incidencia en la inclusión del artículo 320.1 en el COIP.

Establecida la normativa ecuatoriana sobre el principio de mínima intervención penal y algunas jurisprudencias de la CIDH es necesario mencionar el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Ávila de la sentencia del caso No. 8-20-CN, que establece que la Constitución vigente es garantista penal, que pregona el uso racional, excepcional y mínimo del poder punitivo. Además, el Juez señaló que los legisladores no tienen libertad para configurar las penas cuando no hay justificación ni razón suficiente para restringir los derechos, y que cuando este sea el caso deben prevalecer los derechos de las personas.²³

Este voto concurrente hace una acotación importante de cómo se debe apreciar el derecho penal en el Ecuador. Tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como en el COIP, el principio de mínima intervención penal está claramente establecido, pero

²¹ *Kimel c. Argentina*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2008, párr. 77.

²² *Usón Ramírez c. Venezuela*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de noviembre de 2009, párr. 69.

²³ Causa No. 8-20-CN, Corte Constitucional, 19 de agosto de 2021, párr. 8-9.

los legisladores ecuatorianos acostumbran a configurar penas y restringir derechos sin una justificación jurídica suficiente para hacerlo.

En virtud de lo mencionado anteriormente, es importante entender dos cosas: primero, que la normativa internacional y ecuatoriana, sobre los actos de corrupción en el sector privado, castiga estos actos con elevadas penas privativas de libertad y multas; y, segundo, que el principio de mínima intervención penal en el Ecuador es el principio rector más importante del derecho penal, reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, en el COIP, en la jurisprudencia de la CIDH que forma parte de nuestro bloque constitucional, y, en las opiniones de los jueces de la Corte Constitucional.

La normativa expuesta delimita en que ocasiones el derecho penal ecuatoriano puede intervenir y sancionar conductas humanas. Únicamente cuando sea necesario y no existan vías extrapenales para hacer valer los derechos frente a dichas conductas.

4. Marco Teórico:

Sin perjuicio de todo lo dicho, es claro que la corriente de pensamiento que busca sancionar los actos de corrupción en el ámbito privado predomina sobre el pensamiento que sostiene que esta tipificación no se encuentra justificada con suficientes argumentos jurídicos y que contraviene los principios fundamentales del derecho penal, en especial el principio de mínima intervención.

Esto se evidencia en que, como se ha podido expresar, la mayoría de los países consideran que estos hechos generan graves daños a las empresas que los cometen, así como también a sus empresas competidoras, y que producen una afectación a la competencia como mecanismo de eficiencia y a los consumidores del mercado, pues acaban minando la credibilidad y estabilidad del sistema económico y por lo tanto deben tipificarse para evitar su manifestación.²⁴

Adicionalmente, Miguel Ángel Encinar sostiene que en la actualidad ya no se podría sostener el hecho de que la corrupción en el sector público sea castigada y que otros hechos que son prácticamente idénticos pero que se dan en el sector privado puedan ser marginados del derecho penal.²⁵

Es por esto que, desde esta perspectiva se pretende implementar un modelo internacional de lucha contra la corrupción que busca que todos los países implementen

²⁴ Encinar del Pozo y Villegas García. *Lucha Contra la Corrupción, Compliance, e investigaciones internas*, 27.

²⁵ *Ibid.*

castigos fuertes y disuasivos en contra de los actos de corrupción en el sector privado, sobretodo sancionando también a las personas jurídicas que también tendrían responsabilidad penal desde este punto de vista.

La justificación para dicha imputación de responsabilidad penal es que las personas jurídicas son sujetos de derechos y obligaciones, por lo cual sería una incoherencia legal permitirles actuar en una sociedad regida por el derecho, que a su vez les atribuye derechos pero que al mismo tiempo les permite no tener responsabilidad de sus actos.²⁶

La misma perspectiva se evidencia en el contexto Europeo, ya que en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea No. 2003/568/JAI del 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, se ordena que los Estados miembros implementen las medidas necesarias para que los actos de corrupción en el sector privado constituyan una infracción penal cuando sucedan en el transcurso de sus actividades profesionales.²⁷

Por último, es importante señalar que uno de los países que más empuja este punto de vista y que se encuentra favor de sancionar penalmente los actos de corrupción privada es Estados Unidos de América. Dicho país actualmente se encuentra exportando su modelo de lucha contra la corrupción, especialmente con la aplicación del *Foreign Corrupt Practices Act*²⁸ que permite al sistema judicial americano perseguir y castigar actos de corrupción cometidos por una persona o una empresa estadounidense, en cualquier parte del mundo. Este sistema ha influenciado el derecho penal de manera internacional, motivando a otros países a tipificar estos actos en un sentido similar.²⁹

Por otro lado, como fue mencionado anteriormente, existe el punto de vista contrario que pocos autores sostienen, que considera que la tipificación de los actos de corrupción en el sector privado es inconstitucional y transgrede el carácter subsidiario del derecho penal. Además, esta perspectiva indica que no es posible criminalizar actos de índole civil y/o mercantil e introducir un tipo penal simbólico de nula aplicación.³⁰

²⁶ Encinar del Pozo y Villegas García. *Lucha Contra la Corrupción, Compliance, e investigaciones internas*, 27.

²⁷ Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, Resolución, Consejo de la Unión Europea, 22 de julio de 2003.

²⁸ Ley 105-366, *Foreign Corrupt Practices Act*, 10 de noviembre de 1998.

²⁹ Encinar del Pozo y Villegas García. *Lucha Contra la Corrupción, Compliance, e investigaciones internas*, 32.

³⁰ Fernando Yávar Umpiérrez, “El nuevo delito de los actos de corrupción en el sector privado es inconstitucional (o por lo menos constitucionalmente condicionada)” *ECIJA GPA* (2021), 1-4.

El contraste entre estas dos perspectivas frente a la tipificación de los actos de corrupción en el ámbito privado da origen al siguiente cuestionamiento: ¿Es correcto tipificar estos actos en el Ecuador? ¿Este tipo penal es lo suficientemente práctico y eficiente para combatir la corrupción y lograr un efecto disuasivo?

De estas dos posturas, la más idónea para responder a estos cuestionamientos es la segunda, ya que la tipificación de los actos de corrupción en el ámbito privado en el Ecuador responde exclusivamente a argumentos de necesidad y no a argumentos jurídicos que logren debidamente justificarla. Lo cual resulta en una clara violación al principio fundamental de mínima intervención penal consagrado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

Adicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico ya existen vías judiciales de carácter civil y normas que protegen el correcto funcionamiento del mercado, que permiten perseguir estos actos de corrupción privada y conseguir un resarcimiento pecuniario por los posibles daños y perjuicios que estos hubieren ocasionado.

Además, en líneas posteriores se demostrará la poca capacidad de disuasión que la inclusión de tipos penales como este efectivamente tiene para combatir el problema de raíz, que es la corrupción en la sociedad ecuatoriana.

5. Desarrollo:

5.1. Antecedente legislativo de la reforma del COIP en materia anticorrupción:

Es importante dejar por sentado cómo se originó el tipo penal, y lo que dijeron los legisladores sobre los actos de corrupción en el ámbito privado en el Informe para el Primer Debate del Proyecto de Leyes Orgánicas Reformatorias del COIP en Materia Anticorrupción.³¹ De esta forma, se podrá entender el razonamiento y la supuesta justificación de los legisladores ecuatorianos para posteriormente aprobar la reforma al COIP que tipificó la corrupción en el sector privado.

En el apartado 4.13 del informe mencionado anteriormente, los legisladores de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado hacen un análisis minúsculo del delito de los actos de corrupción en el sector privado. De los puntos discutidos en el informe, cabe

³¹Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción, http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer_Debate_del_Proyecto_Unificado_de_Leyes_Org%Elnicas_Reformativas_del_COIP_en_materia_Anticorrupti%F3n.pdf

señalar los siguientes: en primer lugar, la Comisión señala que en Ecuador es un hecho que la corrupción no solo sucede en el sector público, sino que esta también se da en el sector privado.³²

Sin embargo, llama la atención la poca justificación que este informe ofrece como punto de inicio para tipificar los actos de corrupción en el sector privado. En otras palabras, la Comisión de Justicia y Estructura del Estado empieza su informe indicando que como la corrupción privada sucede, hay que tomarla en consideración para incluirla como tipo penal, pues no ofrece mayor análisis con relación a por qué se debería incluir dicho tipo penal.

Adicionalmente, es clave resaltar la perspectiva de la Comisión frente a esta tipificación, que es evidente cuando señala que “[...] el tema de que se tipifique la corrupción dentro del sector privado constituye un real avance[...]”.³³ Es decir que, para el órgano legislativo ecuatoriano la tipificación de estos actos es una evolución positiva del derecho penal ecuatoriano.

Este punto es fundamental, ya que, si bien los legisladores ecuatorianos consideraron que esta tipificación constituye un avance para el derecho penal ecuatoriano, es claro que en realidad es un retroceso, pues no se puede calificar como avance una reforma que introduce artículos que transgreden los principios fundamentales del derecho penal ecuatoriano, conforme se demostrará más adelante.

Además, la comisión agregó que la multa de hasta un máximo de mil salarios básicos sería muy baja para disuadir a las personas jurídicas privadas de cometer actos de corrupción y solicitó al pleno de la asamblea que asegure un derecho penal preventivo.³⁴ Es decir, que imponga una multa mayor para evitar que las empresas cometan estos actos.

Ahora bien, es claro que el punto de vista de los legisladores que realizaron este informe es que, al subir las penas, el derecho penal será preventivo y por ende en este caso el cometimiento de actos privados de corrupción disminuiría. Sin embargo, existen innumerables estudios que concluyen que no existe evidencia suficiente para sostener que el endurecimiento de penas disminuye el cometimiento de actos ilícitos.³⁵

³²*Ibid.*

³³Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción, http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer_Debate_del_Proyecto_Unificado_de_Leyes_Org%Elnicas_Reformatorias_del_COIP_en_materia_Anticorrupci%F3n.pdf

³⁴*Ibid.*

³⁵ Ver, Cesare Beccaria, *Tratado de los Delitos y las Penas*, (Argentina, Editorial Heliasta S.R.L. 1993).

En este sentido, la abogada penalista ecuatoriana María del Mar Gallegos señaló en enero del 2021 que la idea de que el poder punitivo del Estado es la solución para reducir los índices de criminalidad es totalmente errónea. Evidencia de esto es que a pesar de que se han introducido numerosos tipos penales y se han aumentado penas privativas de libertad, la población penitenciaria ha crecido exponencialmente y el país se encuentra en una grave crisis de hacinamiento carcelario.³⁶

Es por esto que el pensamiento del órgano legislativo frente a la reforma anticorrupción que introdujo el tipo que sanciona los actos de corrupción en el sector privado es equivocado y carece de fundamentos jurídicos. Es evidente que al aumentar las penas no se consigue un derecho penal preventivo, simplemente se consigue que más gente vaya a la cárcel porque la frecuencia de comisión del delito seguirá siendo la misma.

En última instancia, tomando en cuenta la grave crisis carcelaria que actualmente vive el Ecuador, el hecho de que una persona vaya a la cárcel no es un hecho menor, ya que su vida correría grave peligro y estaría en riesgo de que se le vulneren otros derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física, a la vida, entre otros.³⁷ Así, los tipos penales que se incluyen sin ningún tipo de análisis jurídico profundo como el tipo penal en cuestión resultan en efectos reales graves para otros derechos fundamentales, pues como se ha dicho, en la actualidad las personas que ingresan a la cárcel mayoritariamente por prisión preventiva o por sentencia condenatoria pueden no salir con vida.³⁸

Los criterios exclusivamente de necesidad y de política resumen el punto de vista erróneo pero favorable de los legisladores sobre la tipificación de los actos de corrupción en el sector privado en el Ecuador, que sin duda obvió la realización de un análisis técnico-jurídico adicional sobre el tipo penal y sobre su concurrencia con los principios básicos, rectores del derecho penal ecuatoriano, como el de mínima intervención.

Más allá de ello, en el Informe para el Segundo Debate del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del COIP en Materia Anticorrupción es evidente la gran influencia que ha tenido la Convención de las Naciones Unidas para Combatir la

³⁶ “¿Aumentar las penas disminuye la delincuencia?”, video de YouTube, 3:11, publicado por “Scopio Ec”, 04 de enero de 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=C0AOo6LheQ>

³⁷ Ver, El Comercio, Presos se triplicaron desde que entró en vigencia el COIP, <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/presos-triplicaron-vigencia-coip-ecuador.html>. (último acceso: 18/10/2021).

³⁸ “Debate crisis carcelaria María Dolores Miño y Felipe Rodríguez”, video de YouTube, 57:57, publicado por “Primera Plana ECU”, 17 de noviembre de 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=2R0aBcIPn8M&t=2452s>

Corrupción en esta reforma, ya que esta es mencionada textualmente como antecedente para incluir algunas observaciones respecto del tipo penal de actos de corrupción en el ámbito privado.³⁹

Nuevamente cabe mencionar que el ámbito de aplicación de la Convención mencionada anteriormente se encuentra limitada por los principios y normas del derecho interno ecuatoriano, cosa que ninguno de los dos informes del órgano legislativo sobre la reforma anticorrupción se ocupó de analizar.

Los informes mencionados, además concluyen con un minúsculo análisis jurídico, que los actos de corrupción en el ámbito privado pueden ocurrir en todas las actividades económicas, financieras o comerciales, dotando al tipo penal de una amplitud muy grande que incluso podría llegar a ser peligrosa y que atenta directamente contra el principio de mínima intervención del derecho penal.

Finalmente, otra inclusión importante que se hizo al tipo penal por la influencia de esta Convención que vale la pena mencionar es “la armonización de los sujetos determinados en el artículo con el fin de no dejar a nadie por fuera y que ningún acto de corrupción quede en la impunidad.”⁴⁰

Esto se refiere al hecho de que el tipo penal incluye tanto al empleado de una persona jurídica privada que recibe un bien material a cambio de un beneficio propio o de un tercero, como al empleado de una persona jurídica privada que entrega un bien material a cambio de un beneficio propio o de un tercero.

Lo mencionado significa que el tipo penal incluye tanto al empleado privado sobornado como al que soborna, con el propósito de erradicar todo tipo de corrupción. Se señalan estos particulares para resaltar la importante influencia que ha tenido la Convención de las Naciones Unidas para Combatir la corrupción, influencia que ha resultado en una violación al el principio fundamental de mínima intervención del

³⁹Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Segundo debate, 25 de noviembre de 2020.

[http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer Debate del Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del COIP en materia Anticorrupción.pdf](http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer%20Debate%20del%20Proyecto%20Unificado%20de%20Leyes%20Org%C3%A1nicas%20Reformativas%20del%20COIP%20en%20materia%20Anticorrupci%C3%B3n.pdf)

⁴⁰ Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, [http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer Debate del Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del COIP en materia Anticorrupción.pdf](http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer%20Debate%20del%20Proyecto%20Unificado%20de%20Leyes%20Org%C3%A1nicas%20Reformativas%20del%20COIP%20en%20materia%20Anticorrupci%C3%B3n.pdf)

derecho penal ecuatoriano y que pretende ser justificada con un pobre análisis técnico jurídico que no es suficiente para aprobar la reforma anticorrupción en cuestión.

5.2. Análisis del Tipo Penal:

Con los antecedentes expuestos, resulta pertinente realizar un análisis del tipo penal del artículo 320.1 del COIP. El tipo penal en cuestión establece lo siguiente:

“Actos de corrupción en el sector privado.- 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, incluid (sic) 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.”⁴¹

5.2.1. Verbo rector del tipo penal:

Si bien el verbo rector es un elemento del tipo penal que es evidente con la simple lectura de este, es importante señalarlo en el presente análisis, ya que abarca varias acciones del sujeto activo calificado. El verbo rector del tipo penal se divide en dos

⁴¹ Artículo 320.1, COIP.

grandes grupos, primero, en recibir una cosa material y segundo, en entregar una cosa material a cambio de un beneficio propio o de un tercero en un lógico detrimento causado a la persona jurídica de derecho privado.

El tipo penal sanciona a las dos partes necesarias para que se configure el tipo penal, tanto la persona que entrega como la persona que recibe el bien material. Ahora bien, en el primer párrafo del tipo penal resalta la palabra “solicite”, lo cual significa que con la mera solicitud del empleado privado de un bien material se configura la materialidad del delito.

Esta configuración de materialidad resulta interesante ya que esta primera parte del tipo penal guarda estrecha relación con el delito de concusión respecto del verbo rector. La concusión sanciona al funcionario público que meramente ordene o exija, un bien o beneficio abusando de su cargo y de sus funciones.⁴² Tanto en la concusión como en los actos de corrupción en el sector privado no es necesaria la entrega física del bien material para la configuración del delito, pues con la mera solicitud o exigencia de la entrega se configuraría el tipo penal.

Por otro lado, el segundo apartado del tipo penal del artículo 320.1 del COIP es muy similar al cohecho con respecto del verbo rector. El cohecho sanciona a los servidores públicos que reciban o acepten un bien material, incluida la promesa de este, para hacer u omitir cuestiones relativas a sus funciones.⁴³ El artículo 320.1 del COIP incluye todos los verbos rectores que señala el cohecho incluyendo la promesa del bien material. Es decir que, solamente es necesario que el sujeto activo calificado reciba la promesa de que se le va a entregar un bien material a futuro para que se configure el delito.

Adicionalmente, tanto el tipo penal del cohecho como el tipo penal de los actos de corrupción en el sector privado hablan de omisión y de comisión. En otras palabras, el empleado del sector privado sería penalmente responsable por la omisión o acción en sus funciones a cambio de un bien material para beneficiarse o beneficiar a un tercero.

Por las particularidades señaladas anteriormente, el artículo 320.1 del COIP parece ser una fusión entre el cohecho y la concusión, con la única diferencia de que el sujeto activo calificado es un empleado de una empresa privada y no un funcionario público. Esta mezcla de tipos no es jurídicamente correcta ya que es una aberración jurídica mezclar dos delitos que sancionan actos de corrupción en el sector público y

⁴² Artículo 281, COIP.

⁴³ Artículo 280, COIP.

hacer un tipo que sanciona actos en la esfera privada, que nada tiene que ver con la esfera pública.

5.2.2 Sujeto activo calificado:

El sujeto activo calificado de este tipo penal es un empleado que ejerza cargos de dirección en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación o comité, incluidas las entidades irregulares⁴⁴. Es decir, no una persona cualquiera sino específicamente un empleado del sector privado.

De manera que, se trata de un empleado del sector privado que como sujeto activo calificado es quien realiza el verbo rector del tipo penal. En este caso, el sujeto activo calificado puede ser tanto el empleado del sector privado que soborna, como el empleado del sector privado que es sobornado para obtener un beneficio propio o de un tercero.

Conforme a lo antes mencionado, el tipo penal abarca las dos partes de la relación de corrupción, a diferencia de los delitos de cohecho y concusión que únicamente sancionan al funcionario público que recibe un bien material a cambio de facilitar un proceso relacionado con sus funciones. Así, se entiende que la sanción del delito de corrupción en la esfera privada es más punitiva que en la esfera pública, cosa que deviene en un trato desigual e inequitativo con relación al sujeto activo del tipo penal de corrupción privada.

5.2.3. Sujeto pasivo:

Más importante aún es identificar cual es el sujeto pasivo de este tipo penal. En este caso el sujeto pasivo sería la persona jurídica de derecho privado, ya que esta sería la titular del bien jurídico protegido. En este sentido, en caso de que un empleado privado realice la conducta descrita en el artículo 320.1 del COIP, sobre quien recaería la acción realizada y los posibles daños es la persona jurídica de derecho privado.

En este caso, el sujeto pasivo también sería la víctima, porque aparte de que sobre la persona jurídica de derecho privado recae la acción, el menoscabo económico y los daños también lo hacen. En relación con la víctima, aquí nace una interrogante clave relativa a la tipificación del delito de corrupción privada ¿Cuál es el bien jurídico protegido en este tipo penal?

5.2.4 Bien jurídico protegido:

Sobre este punto existen distintas posturas, algunos autores sostienen que el bien jurídico que se pretende proteger a través de este tipo penal es la relación laboral de buena

⁴⁴ Artículo 320.1, COIP.

fe que debe existir entre el empleado y el empleador. Es decir, la fidelidad que el empleado le debe guardar a su empresa.⁴⁵

Por otra parte, otros autores consideran que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento del mercado y el interés general de los consumidores.⁴⁶

Ahora bien, en el contexto ecuatoriano es clave empezar señalando bajo qué título se encuentra el tipo penal en cuestión. El artículo 320.1 del COIP ha sido introducido bajo la sección octava del COIP denominada delitos económicos. Además, de la redacción del artículo es evidente que se pretende proteger de manera general las actividades financieras, comerciales y económicas del sector privado.

En otras palabras, el bien jurídico protegido por este tipo penal es el orden económico y su correcto funcionamiento. Sin embargo, nos encontramos en un caso donde el tipo penal protege múltiples bienes jurídicos.

Al ser un delito que se encuentra categorizado dentro de los delitos económicos, el bien jurídico principal que se pretende proteger es el orden económico. Pero también es cierto que el orden económico implica otros bienes jurídicos. Por ejemplo, el correcto funcionamiento del mercado. Si el mercado se ve afectado negativamente por estos actos es evidente que no existiría un adecuado orden económico.

Incluso al proteger el correcto funcionamiento del mercado se estaría inevitablemente protegiendo al consumidor. Por tanto, es preciso señalar que el tipo penal en cuestión es un tipo que pretende proteger varios bienes jurídicos principalmente el orden económico, y por tanto todos los bienes jurídicos que este implique.

Una vez analizados los elementos principales del tipo penal, es necesario analizar los argumentos que en su momento justificaron la aprobación e inclusión de este tipo penal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

5.3. Argumentos que fundamentaron sancionar penalmente los actos de corrupción en el ámbito privado en el Ecuador

Como se mencionó anteriormente una de las justificaciones de los legisladores ecuatorianos que fundamentaron esta tipificación fue el de asegurar un derecho penal preventivo.⁴⁷ Sin embargo, ya se estableció que aumentar las penas y tipos penales, no

⁴⁵ Olavarría, “¿Debe tipificarse la corrupción privada en Ecuador?”, 1-20.

⁴⁶ Olavarría, “¿Debe tipificarse la corrupción privada en Ecuador?”, 1-20.

⁴⁷ Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción, http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer_Debate_del_Proyecto_Unificado_de_Leyes_Org%Elnicas_Reformativas_del_COIP_en_materia_Anticorrupci%F3n.pdf

conlleva la prevención y reducción del crimen en el Ecuador. Parece ser que esta razón fue utilizada erróneamente para justificar la necesidad de algo que en realidad no es necesario, simplemente porque tipificar estos actos es actualmente común y popular.

Aquí vale la pena mencionar la percepción general de la sociedad ecuatoriana sobre la corrupción. Los ciudadanos en general conocen que la corrupción ha inundado los poderes públicos y la política del país. Es tan común escuchar casos de corrupción en el Ecuador que este concepto se ha normalizado en nuestra sociedad.

Tanto es así, que en un estudio sobre la democracia en Ecuador realizado por Vanderbilt University, en coordinación con universidades locales determinó que, el 88.1% de los encuestados cree que por lo menos la mitad de los políticos están involucrados en actos corruptos; incluso el 31.5% estima que todos son corruptos.⁴⁸

Es por esto que sancionar penalmente cualquier tipo de corrupción es popular porque calma el debate público que existe sobre este tema de interés general. Sin embargo, es ilegal tipificar actos por el simple hecho de que es popular o aceptado en la sociedad sancionar estas conductas sin un adecuado y profundo análisis jurídico.

En segundo lugar, como se señaló anteriormente, esta tipificación también obedece a la corriente de pensamiento de lucha contra la corrupción que ha tomado fuerza internacionalmente. Corriente que se encuentra expuesta y desarrollada a profundidad en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que además es una norma que expresamente señala que las medidas penales anticorrupción que se deben introducir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano deben respetar la normativa interna incluyendo los principios fundamentales del derecho penal.

Con ello en mente, es claro que el derecho penal ecuatoriano no puede, bajo la excusa de acatar una misión acogida internacionalmente por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, extralimitarse e irse en contra de sus propios principios fundamentales internos.

Con estos argumentos expuestos, que en su momento sirvieron de justificación para incluir el tipo penal en cuestión en el COIP, se analizará los argumentos de carácter jurídico que sostienen la postura adoptada en este trabajo.

5.4. Argumentos jurídicos por los cuales el artículo 320.1 del COIP no debió ser introducido en nuestro ordenamiento jurídico

⁴⁸ Cultura política de la democracia en Ecuador y en las Américas, 2018/19: Tomándole el pulso a la democracia, informe, Vanderbilt University y otros, enero 2020, pág.125.

5.4.1. La Constitución

En Ecuador, la Constitución es garantista penal, lo cual significa que prevalece el principio de última ratio y el principio de mínima intervención penal.

En otras palabras, el derecho penal solo debe intervenir y castigar acciones humanas cuando sea absolutamente necesario, pues está diseñado para limitar el poder punitivo del estado y no para perseguir ineficaz y excesivamente a los ciudadanos de la sociedad ecuatoriana.

Lamentablemente en Ecuador se nota que en la práctica prevalece el poder punitivo del Estado sin límites claros. Un ejemplo de esta percepción es que en el COIP existe una cantidad exuberante de tipos penales. Además, el legislador ecuatoriano a lo largo de la historia ha regresado a ver al derecho penal como herramienta para solucionar los problemas que se encuentran impregnados en la sociedad ecuatoriana, en lugar de buscar su causa de raíz.

El voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Ávila en la sentencia del caso No. 8-20-CN que se mencionó anteriormente también señaló que:

“En Ecuador, lastimosamente, y la norma consultada lo demuestra, como tantas otras normas del COIP, prevalece el funcionalismo penal y la expansión del poder punitivo. El miedo, los perjuicios, la irracionalidad, la indiferencia a las personas contra quienes opera el poder punitivo (mayoritariamente las personas más excluidas de la sociedad que el único servicio público que conocen es la cárcel), prevalecen frente a los derechos y garantías constitucionales.”⁴⁹

En esa virtud, el derecho penal ecuatoriano en general no es uno que busca limitar el poder punitivo, sino que se ha convertido en una herramienta funcionalista que aboga por el aumento de penas y sanciones.

Lo que dice el Juez Constitucional explica como funciona el razonamiento de los legisladores ecuatorianos en tanto que la tipificación del tipo penal del artículo 320.1 del COIP, responde más al funcionalismo penal que al garantismo penal consagrado en nuestra Constitución.

No existe justificación jurídica suficientemente válida para que el derecho penal entre en la esfera privada y otorgue una pena a los actos de corrupción en el ámbito privado que, si bien son actos humanos incorrectos e inmorales, ya están revestidos de vías para ser perseguidos y sancionados. Esta tipificación es una mera respuesta popular de necesidad para calmar el clamor de la sociedad de sancionar la corrupción en todas sus manifestaciones.

⁴⁹ Causa No. 8-20-CN, párr. 8-9.

5.4.2. Artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal

En primer lugar, es claro que el tipo penal del artículo 320.1 del COIP contraviene el principio fundamental del derecho penal ecuatoriano, la mínima intervención penal. Principio establecido en el artículo 3 del COIP y que se configura como uno de los más importantes en el derecho penal ecuatoriano.

Primeramente, es importante señalar la importancia que tiene este principio en el derecho penal y eso tiene que ver con los efectos de la pena privativa de libertad sobre los individuos.

Alessandro Barrata, define a la pena como un tipo de violencia institucional que limita derechos y reprime necesidades fundamentales de los individuos de una sociedad.⁵⁰ Ante esto, nos encontramos con el principio de mínima intervención penal que está diseñado justamente para limitar esta violencia institucional, de aplicación excepcional, debido a su grave impacto sobre los derechos de las personas.

Precisamente la necesidad de limitar la facultad que tiene el estado de imponer penas privativas de libertad y restringir derechos es lo que dio origen a este principio fundamental como un tipo de límite de control creado para evitar el abuso que puedan cometer aquellos funcionarios o gobernantes responsables de emitir las normas penales.⁵¹

Por tanto, la inclusión de tipos penales en nuestro sistema jurídico tiene que necesariamente tener una justificación jurídica, que demuestre porque el tipo penal no contraviene este principio fundamental. Tema que los legisladores ni siquiera mencionaron en sus informes previo a la aprobación del tipo penal en cuestión.

Adicionalmente, del principio de mínima intervención penal se desprende el principio de subsidiariedad que tiene el derecho penal ecuatoriano. Que indica que “[...] una pena solo puede ser conminada si se puede probar que no existen modos no penales de intervención aptos para responder [...]”⁵²

Además, la subsidiariedad del derecho penal también significa que la intervención penal solo se dará en aquellos supuestos donde los demás sectores del ordenamiento jurídico fracasen, por ello el derecho penal es considerado de ultima ratio.⁵³

⁵⁰ Alessandro Barrata, “Principio del Derecho Penal Mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, ed. De R.C. Núñez. (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987), 623-650.

⁵¹ César Goicochea Jiménez, Carolina Córdova Yauri, “El principio de mínima intervención del derecho penal frente a los delitos de violación sexual de menor de edad” *IUS Vol. 1. No. 2.* (2019), 45-55.

⁵² Barrata, “Principio del Derecho Penal Mínimo”, 623-650.

⁵³ Goicochea Jiménez, Córdova Yauri, “El principio de mínima intervención del derecho penal”, 45-55.

En este caso existen, normas de *compliance*, normas de control de mercado, normativa laboral y vías judiciales civiles lo suficientemente idóneas para perseguir los actos de corrupción en el sector privado. Por lo cual, la tipificación de estos actos no acata en lo absoluto el principio de mínima intervención penal que es de cumplimiento obligatorio en nuestro ordenamiento jurídico. Por ende, el artículo 320.1 del COIP es totalmente ilegal ya que no guarda concordancia con los principios fundamentales del derecho penal ecuatoriano.

5.4.3. Amplitud del tipo penal y normas de *compliance*

Además de ser ilegal, el tipo penal bajo la pretensión de intentar eliminar todo tipo de corrupción y proteger el orden económico, no puede tener la amplitud excesiva que tiene, sobretodo en el momento en el que señala que los actos sancionables se pueden dar en todas las actividades económicas, financieras o comerciales del sector privado. Es importante limitar en qué actividades específicas se pueden dar estos actos sancionables, de lo contrario inclusive podríamos encontrarnos en una hipótesis de vulneración del principio de legalidad penal, bajo el cual no se pueden imputar penas sin la existencia de normas previas expresas y específicas.

Más allá de esta particularidad, una vez que se determinó que el bien jurídico protegido por este tipo penal es el orden económico, vale la pena resaltar la clara influencia que este ha tenido de las normas de *compliance* puesto que, si el tipo penal busca proteger el orden económico desde el correcto funcionamiento de la empresa y de sus empleados, la implementación de estas normas es fundamental.

En ese sentido, la reforma en materia de anticorrupción que introdujo el tipo penal en cuestión también reformó el artículo 49 del COIP, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. El artículo 49 del COIP en su parte pertinente señala que la responsabilidad penal de la persona jurídica se atenuará cuando existan mecanismos, programas y capacitaciones para fortalecer los sistemas de integridad y evitar la comisión de actos ilícitos.⁵⁴

Este artículo ofrece una solución más práctica que guarda relación con el bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 320.1 del COIP ya que a las empresas sin duda alguna les conviene aplicar normas de *compliance* para asegurar su correcto funcionamiento y atenuar su responsabilidad penal. Sin embargo, en el sentido contrario, es claro que privar de la libertad a los empleados que realizan actos de corrupción no

⁵⁴ Artículo 49, COIP.

soluciona el problema de raíz de la corrupción privada, sino que se constituye nada más en una solución momentánea, porque dichos actos seguirán sucediendo, solamente que se realizarán con más cautela.

Por tanto, no es necesaria la intervención del derecho penal para sancionar los actos de corrupción en el ámbito privado porque las empresas de cierta forma ya se ven obligadas a implementar normas de *compliance* para atenuar su responsabilidad. Estas normas que ya existen son las que se encargan de asegurar el correcto funcionamiento de las empresas y por ende están protegiendo el orden económico de manera eficaz. De manera que el bien jurídico que el artículo 320.1 del COIP pretende proteger, ya se encuentra protegido por otra norma penal de manera más práctica y efectiva.

Adicionalmente, existen vías no penales que pueden ser aplicadas para perseguir actos de corrupción en el ámbito privado de manera más eficaz y más importante aún, sin violar los principios fundamentales del derecho penal ecuatoriano.

5.4.4. Vías no penales idóneas para sancionar la conducta tipificada en el artículo 320.1 del Código Orgánico Integral Penal:

Con relación al principio de mínima intervención penal, es importante señalar que la inclusión de este tipo penal en el COIP no es necesario, ya que actualmente existen normas de carácter civil y de control de mercado suficientes para sancionar las conductas castigadas por este tipo y más aun obtener un resarcimiento económico práctico y efectivo por los daños causados a la empresa privada.

Es importante entender que cuando se dan los actos de corrupción en el sector privado es la empresa la afectada por estos actos, sea porque el acto evitó que la empresa se beneficie de manera adecuada o porque esta terminó contratando o accediendo a un servicio de mediana o baja calidad cuando podía acceder a un mejor servicio.

La respuesta del tipo penal a esta afectación es la sanción de cinco a siete años y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador. Esto significa que cuando se comete el delito y por ende la empresa se ve afectada, el empleado que cometió el acto corrupto va a la cárcel y cancela una multa.

Este es el remedio propuesto por el derecho penal, que deviene en poco efectivo ya que no evita la comisión del delito y no indemniza a la empresa de manera directa. Es en cambio una sanción que cumple con las finalidades de disuasión y prevención propias del derecho penal ecuatoriano en la actualidad, pero que no es para nada una sanción efectiva ni necesaria. En el sentido que la persona jurídica tendrá que enfrentar un

engorroso proceso penal para aplicar las sanciones prescritas en el tipo penal dependiendo inevitablemente de la fiscalía como titular de la acción penal.

Los actos de corrupción en el ámbito privado se van a dar y a veces son imposibles de evitar. Si bien existen y se aplican las normas de *compliance* que han empezado a ser fuertemente implementadas en nuestro país, el acto corrupto tiene su origen en el ser humano, que puede obviar estas normas y realizar el acto delictivo sin darle mucha importancia a las consecuencias penales de hacerlo.

Es así que este tipo penal no ofrece una solución o un remedio y simplemente ofrece una sanción que intenta sin éxito disuadir y evitar que la conducta se de. Sin embargo, como se demostró anteriormente las conductas delictivas siguen existiendo a pesar de la implementación de normas penales que las castiguen.

Por tanto, con este antecedente en cuenta hay que analizar cual es la herramienta útil, práctica y efectiva que tiene una persona jurídica privada para que una vez que se den actos de corrupción en el ámbito privado, se logre reparar los daños causados y que la empresa afectada reciba lo que económicamente le corresponde.

Esta es la única manera que la empresa puede tener un remedio efectivo. Remedios que necesariamente tiene que involucrar la recuperación económica de los valores que resultaron de los daños generados por el actuar ilícito de un empleado de esta.

Es un sencillo debate entre buscar privar la libertad del empleado responsable de un acto corrupto dentro de una empresa privada o resarcir económicamente los daños que le fueron causados a la empresa por este mismo actuar. Es un tema práctico, a la empresa le conviene mucho más recuperar su dinero, que buscar una sanción penal en contra de su empleado que actuó de manera corrupta en detrimento de esta. Entonces, ¿Cuáles son esas herramientas jurídicas no penales que ya existen para sancionar y remediar los actos de corrupción en el ámbito privado?

El artículo 2214 del Código Civil determina que: “El que ha cometido un delito o un cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o el cuasidelito.”⁵⁵

Es decir, nuestro ordenamiento jurídico ya prevé una forma eficaz para que las víctimas de un delito o un cuasidelito que han sufrido un daño sean indemnizadas por el responsable de este. Aplicando este artículo es evidente que la persona jurídica de derecho

⁵⁵ Artículo 2214, Código Civil. [CC], R.O Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 19 de octubre de 2021.

privado puede iniciar una acción civil directamente contra el empleado que ha realizado un actuar ilícito que ha perjudicado económicamente a la empresa.

De esta manera la empresa podría interponer una acción de daños y perjuicios para obtener una indemnización justa por parte del empleado sin que tener que enfrentar un largo y complicado proceso penal. Adicionalmente, la empresa privada podrá tener la opción de recuperar lo que verdaderamente le importa, el dinero que dejó de percibir.

Los actos de corrupción dentro del ámbito privado básicamente privan a la empresa de obtener un beneficio económico. Ese beneficio económico es transferido al empleado corrupto que recibe o entrega un bien material a cambio de su beneficio propio o de un tercero.

En la interposición de una acción de daños y perjuicios la persona jurídica tendrá la oportunidad de demandar tanto el daño emergente que es lo que dejó de percibir inmediatamente después del actuar corrupto de su empleado, pero adicionalmente también podrá demandar el lucro cesante que es lo que ya no podrá percibir a futuro debido a la misma acción corrupta de su empleado.

Es importante mencionar esto por que usualmente los sobornos en las empresas evitan que la empresa obtenga un contrato, o que obtenga un contrato que no es el mejor para esta. Es aquí cuando la empresa podría alegar lucro cesante y valorar económicamente lo que dejó de percibir por no contratar de manera adecuada.

Por ello, la vía civil es la más eficaz y práctica, que una persona jurídica de derecho privado tiene a su disposición para obtener una indemnización económica por los daños generados por los actos de corrupción de sus empleados. Así el interés directo de la empresa de suplir económicamente los daños que le causaron sus empleados corruptos queda satisfecho.

Adicionalmente, existe otra vía idónea de carácter civil que las empresas privadas afectadas podrían utilizar para obtener un remedio eficaz y de cierto modo sancionar a los empleados que han incurrido en actos de corrupción.

Las acciones colusorias, que señala el artículo 290 del COGEP dejan sin efecto la conducta colusoria, anulando los actos y contratos que ocasionaron un daño a un tercero.⁵⁶ En este caso el tercero afectado sería la empresa privada, que al interponer esta acción

⁵⁶ Artículo 290, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez el 14 de mayo de 2021.

podría conseguir una sanción para el empleado corrupto, anulando las actuaciones contractuales que este suscribió ilícitamente.

Además, esta acción contempla la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, restituyendo al tercero afectado el goce del derecho respectivo y reponiendo las cosas al estado anterior de la conducta colusoria.⁵⁷

Esta acción es eficaz para anular directamente los actos fruto de una relación corrupta ilícita y abre las puertas para obtener una reparación económica con respecto a los daños causados. Todo esto desde el punto de vista de la persona jurídica de derecho privado y su verdadero interés.

Ahora bien, con respecto al punto de vista del Estado Ecuatoriano, que como se ha establecido anteriormente le interesa proteger el orden económico y su correcto funcionamiento y por ende el correcto funcionamiento del mercado, existen normas de control del poder de mercado específicamente diseñadas para sancionar conductas desleales.

Es pertinente recordar que en el Informe para el primer debate del Proyecto de Reforma en materia anticorrupción los legisladores mencionan que lo que busca el tipo penal es sancionar conductas desleales que podrían rasgar en actos de corrupción.⁵⁸ Cabe señalar que los legisladores tampoco han definido que conductas desleales podrían ser consideradas como actos de corrupción.

Ante esto, el artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado claramente establece que:

“La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones [...]”⁵⁹

Es decir, que la Superintendencia ya tiene potestad sancionatoria para perseguir y sancionar conductas desleales de las empresas privadas.

Como los legisladores tampoco han tenido la iniciativa de señalar cuales son las conductas desleales que pueden rasgar en corrupción, esta normativa sería más que suficiente para castigar estos actos y de manera eficaz sancionar a los responsables.

⁵⁷ Artículo 290, COGEP.

⁵⁸ Proyecto Unificado de Leyes Orgánicas Reformatorias del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción, http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d3e9be54-6a6a-4aa2-aa16-eade891fa9ab/Primer_Debate_del_Proyecto_Unificado_de_Leyes_Org%Elnicas_Reformatorias_del_COIP_en_materia_Anticorrupci%F3n.pdf

⁵⁹ Artículo 79, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011, reformado por última vez el 09 de diciembre de 2016.

Finalmente, cabe hacer una pequeña y breve mención sobre la herramienta que la empresa privada tiene directamente contra el empleado por sus conductas corruptas y desleales en materia laboral. La empresa podrá iniciar un proceso de visto bueno al trabajador que ha incurrido en estos actos ilícitos y separarlo de su empresa de manera inmediata.

Es así que mediante una acción civil y un proceso de visto bueno la empresa de manera eficaz puede atacar sus dos problemas más grandes. Remover al trabajador que ha realizado actos de corrupción y sobretodo recuperar los valores económicos perdidos por el daño causado por el trabajador en mención, satisfaciendo así los objetivos principales de una persona jurídica de derecho privado, recuperar sus pérdidas económicas y separar al trabajador de la empresa.

5.4.5. Falta de practicidad y aplicabilidad del artículo 320.1 del COIP

Adicional a los argumentos jurídicos presentados que justifican por qué no debió incluirse el artículo 320.1 en el COIP también existen argumentos de necesidad. Argumentos que, aunque no justifican jurídicamente el porque no se debió aprobar el tipo penal en cuestión vale mencionarlos, para evidenciar la poca aplicabilidad que este tiene.

El elemento práctico en este caso es verdaderamente fundamental, ya que, si no se puede aplicar de manera eficaz el tipo penal, esto equivaldría a su no existencia en el Código Orgánico Integral Penal. Simplemente serían palabras vacías y sin sentido escritas en una hoja de papel.

Dicho esto, cabe mencionar un patrón fáctico que se ha visto en los últimos casos importantes de corrupción que han involucrado el sector público y privado de nuestro país. Usualmente y en muchos de los casos de corrupción en los cuales se dan los actos tipificados en el artículo 320.1 del COIP suceden a través de empresas extranjeras.

Es aquí donde es pertinente hacer referencia al sistema jurídico norteamericano y el sistema jurídico británico, que a diferencia del sistema jurídico ecuatoriano sí tiene incorporado una manera de perseguir actos de corrupción independientemente del territorio donde estos sucedan. Las dos normas que hacen efectiva una persecución penal internacional de los actos de corrupción privados son el *Foreing Corrupt Practices Act (FCPA)* de 1977 y el *Bribery Act* de 2010.

Estos dos cuerpos normativos internacionales ofrecen dos cosas en común: primero, permiten que estos países, castiguen los sobornos en el ámbito de los negocios,

y segundo, son de aplicación extraterritorial.⁶⁰ Es muy importante el ámbito de aplicación extraterritorial, que ofrecen estas normas, pues de esta manera la norma puede ser aplicada, no solo de manera nacional pero también de manera internacional.

Si una de las partes de la relación de corrupción no puede ser perseguida por el hecho de ser extranjera, este tipo penal se reviste de otro elemento que justifica su inutilidad. Para que exista la posibilidad de aplicar y sancionar al empleado que soborna o que es sobornado dentro de una empresa privada se debe tomar en cuenta que por lo general este empleado realiza los actos corruptos desde el extranjero.

Es por esto que cualquier norma que pretende castigar actos de corrupción sea en el ámbito público o privado, no puede obviar el estado actual del mundo globalizado. Los delitos no tienen fronteras y en especial los delitos de corrupción. Con lo antes mencionado se recalca que no basta con incluir un artículo en el COIP para erradicar la corrupción el país.

Es así que el artículo 320.1 es de difícil aplicación cuando el empleado privado que soborna o el empleado privado que es sobornado es extranjero. El derecho penal ecuatoriano no tiene una forma eficaz de aplicar las sanciones señaladas en el artículo y menos aún de llevar un proceso penal adecuado que termine con una sentencia condenatoria.

6. Conclusiones:

En virtud del análisis expuesto en el presente trabajo, se determinó que en el Ecuador no es correctamente jurídico tipificar los actos de corrupción en el ámbito privado. Debido a que esta tipificación es ilegal, inconstitucional e innecesaria.

Innecesaria porque las personas jurídicas de derecho privado a través de normas de control de poder de mercado, normas de carácter civil y laboral, pueden sancionar y remediar los daños causados por los empleados corruptos en la empresa de manera mucho más rápida y efectiva.

Inconstitucional porque los legisladores ecuatorianos han incluido este tipo penal en el COIP sin una adecuada justificación jurídica, basándose puramente en razones de necesidad de aumentar penas y tipos penales, lo cual responde a un sistema de

⁶⁰ Encinar del Pozo y Villegas García, *Lucha Contra la Corrupción, Compliance, e investigaciones internas*, 27.

funcionalismo penal aun cuando nuestra Constitución es garantista penal, donde prevalecen los derechos y las garantías.

Ilegal porque es claro que no hay necesidad alguna para incluir este tipo penal en el COIP, pues se vulneran los principios generales del derecho penal y se corre el riesgo de que se vulneren otros derechos fundamentales como producto de la situación real del encarcelamiento, como los son los derechos a la integridad física y a la vida.

Además, es evidente que esta tipificación responde exclusivamente a razones de necesidad, ya que es el resultado inmediato del pensamiento internacional que busca un reproche penal a los actos de corrupción que se dan en el ámbito privado, y que, en el caso ecuatoriano, se plasmó mediante un análisis técnico jurídico deficiente por parte de la Asamblea Nacional ecuatoriana.

Más allá, el tipo penal pierde efectividad cuando los actos de corrupción en el sector privado se dan en el extranjero porque no hay una forma real y práctica de sancionarlos. El tipo penal tendrá poca aplicación en la mayoría de los casos e inclusive se puede decir que esta tipificación exclusivamente se realizó para apaciguar el debate público y para ganar popularidad política.

Los hallazgos de este trabajo además demuestran el poco análisis jurídico que fue empleado por los legisladores ecuatorianos para justificar la inclusión del tipo penal en cuestión en nuestro ordenamiento jurídico. Además, se demuestra la verdadera función del derecho penal ecuatoriano, subir penas y sancionar de manera severa. Sin tomar en cuenta los principios fundamentales del ordenamiento jurídico que existen para precisamente limitar el poder punitivo del Estado y minimizar la intervención penal. En Ecuador sucede lo contrario, se maximiza el poder punitivo del Estado y la intervención penal.

El obstáculo principal que se presentó con respecto a la consecución del objetivo del presente trabajo fue hallar jurisprudencia nacional que desarrolle a profundidad el principio de mínima intervención penal. Es por esto que se utilizó referencias jurisprudenciales incorporadas al bloque de constitucionalidad y doctrina internacional, que permitieron una delimitación detallada y adecuada de lo que implica el principio de mínima intervención penal que se encuentra incorporado en el ordenamiento jurídico local.

Finalmente, es evidente que la política criminal del Ecuador actualmente responde a clamores populares de la sociedad que busca irracionalmente aumentar penas y sanciones. Sin embargo, la legislación en el ámbito penal debe ser precisa y debe estar

justificada jurídicamente. De lo contrario, solo existirán efectos negativos en nuestro sistema penal, que devendrá en ineficiente, inútil e inclusive perjudicial con relación a otros problemas que enfrenta el país, como lo es la crisis carcelaria que se vive actualmente.