

El nuevo delito de “actos de corrupción en el sector privado” es inconstitucional (o por lo menos constitucionalmente condicionado)

Fernando Yávar Umpiérrez

1. Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en materia Anticorrupción publicado en el Registro Oficial el 17 de febrero de 2021 en su artículo 15 tipificó en el nuevo artículo 320.1 del COIP el delito de “actos de corrupción en el sector privado” con el encomiable objetivo de sancionar penalmente la corrupción privada pero con una técnica legislativa que deja mucho que desear, que siembra la inseguridad jurídica en las empresas privadas y que obliga a reflexionar si el remedio puede terminar siendo peor que la enfermedad.
2. En el primer y segundo inciso mediante un *tipo penal abierto de peligro concreto* se tipifican con *pena privativa de la libertad de cinco a siete años*, y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, las siguientes conductas:
 - i. *intencionalmente 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, omitir o cometer un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, por parte del 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 o comité.*¹
 - ii. *directa o indirectamente, prometer, ofrecer o conceder 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, incluido 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, omitir o cometer un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un

¹ Primer inciso del art. 320.1 del COIP.

tercero, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.²

3. Como *tipos penales agravados* con pena privativa de libertad de siete a diez años en el tercer y cuarto inciso se sancionan como delitos de resultado las siguientes conductas:
 - i. *ejecutar los actos o no realizar el acto debido descritos en los incisos primero y segundo;*³ y,
 - ii. *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, intencionalmente.*^{4 5}
4. De acuerdo al quinto inciso las conductas señaladas en previamente descritas se sancionan con el máximo de la pena:
 - i. *si se comprueba beneficio económico o inmaterial a un tercero;*
 - ii. *cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; o,*
 - iii. *cuando las contrataciones se efectúen directa o indirectamente con el sector público y por ende existan recursos del Estado de por medio.*
5. Se cierra el art. 320.1 del COIP con una *pena para la persona jurídica* de disolución y liquidación y el pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, salvo que solo se haya beneficiado la persona natural responsable o terceros ajenos a la persona jurídica involucrada, en cuyo caso la responsabilidad no recaerá sobre la persona jurídica.
6. Esta infracción penal configura un **nuevo delito económico** tipificado al final de la Sección 8ª del Título V (Delitos contra la Responsabilidad

Ciudadana) del Título IV (Infracciones en Particular) del Libro I (La Infracción Penal) del COIP.

7. Sin embargo, la loable misión de combatir la corrupción privada -tanto de origen interno como externo a la empresa- no puede soslayar el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, reconocido doctrinariamente como la *última ratio del derecho* y constitucionalmente bajo el **principio de mínima intervención**

² Segundo inciso del art. 320.1 del COIP.

³ Tercer inciso del art. 320.1 del COIP.

⁴ Cuarto inciso del art. 320.1 del COIP.

⁵ Esta caótica tipificación configura además un *tipo especial agravado* del delito de abuso de confianza (art. 187 del COIP sancionado con pena de 1 a 3 años) pero a la vez un *tipo penal atenuado* de peculado (art. 278 primer inciso del COIP sancionado con pena de 10 a 13 años) con los cuales genera concursos ideales y además dificultades en la determinación del tipo penal aplicable que deberán ser resueltas con la aplicación la pena de la infracción más grave de acuerdo al art. 20 del COIP.

penal previsto en el primer inciso del art. 195⁶ de la Constitución de la República del Ecuador.

8. Si bien la mayoría de las conductas tipificadas en el delito de “actos de corrupción en el sector privado” son graves, atentan contra un bien jurídico supraindividual⁷ y legítimamente merecen tener relevancia penal, existe un grave error en la tipificación penal del primer inciso del art. 320.1 del COIP respecto de la conducta “omitir o cometer un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero”. Se trata de un acto con descripción abierta (erradamente tipificado de forma autónoma de las conductas descritas previamente⁸, cuando debió constituirse en su finalidad⁹) que **fácilmente puede prestarse a prácticas forenses inconstitucionales ajenas al objetivo de la reforma anticorrupción**, utilizándose a la Fiscalía¹⁰ extorsivamente para la resolución de conflictos mercantiles, como por ejemplo, incumplimientos contractuales, lesiones enormes, enriquecimientos sin causa, etc., cuya naturaleza exclusivamente civil no puede ser desconocida.
9. Es **urgente** que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emita una **resolución obligatoria** en aplicación del art. 180 numeral 6 del Código

Orgánico de la Función Judicial que permita aclarar las dudas u oscuridades del delito de “actos de corrupción en el sector privado”; y/o que la Corte Constitucional se pronuncie -vía demanda de inconstitucionalidad o consulta de juez¹¹- con fundamento en los artículos 425 (segundo inciso) y 428 de la Constitución de la República, 129.2, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto de los alcances de la norma analizada, con una declaratoria de constitucionalidad condicionada al existir una **omisión normativa relativa constitucionalmente relevante** que permita evitar que deudores civiles se conviertan en responsables penales. Siendo el escenario

⁶ Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los **principios** de oportunidad y **mínima intervención penal**, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal....

⁷ Es preciso resaltar que el bien jurídico penalmente protegido no es la propiedad sino principalmente la leal competencia en la contratación de bienes y servicios como medio para asegurar el normal funcionamiento del mercado.

⁸ “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”.

⁹ Debió decir el tipo penal “**para** omitir o cometer un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero”. A la vez las conductas descritas en el primer inciso no pueden interpretarse desprovistas de una finalidad, como si lo tiene acertadamente el segundo inciso al señalar “con el fin de que como contraprestación, faltando al deber inherente a sus funciones, omitir o cometer un acto que permita favorecerse a sí mismo o a un tercero”.

¹⁰ Incluso mediante denuncia con reserva de identidad en aplicación del flamante art. 430.1 del COIP introducido por la misma reforma.

¹¹ En base de los arts. 425 segundo inciso y 428 de la Constitución de la República del Ecuador.

ideal que la Asamblea Nacional reconozca los horrores cometidos y emita una reforma inaplazable que corrija los entuertos analizados.

10. Una vez que termine la *vacatio legis* de 180 días¹² de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción y entre en plena vigencia, la administración de justicia penal debe evitar caer en extremos respecto del delito de “*actos de corrupción en el sector privado*”: ni criminalizar actos de naturaleza civil/mercantil ni permitir que la corrupción entre particulares se convierta en un derecho penal simbólico de escasa o nula aplicación.

¹² Disposición Final Única.