

# DERECHO PENAL CENTRAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

ISSN-E 2697-3359 | ISSN-I 2697-3251 | AÑO 2025 | AÑO VI | NÚMERO 6



**Revista**  
DERECHO PENAL CENTRAL  
año VI | número 6 | enero-diciembre | 2025



Revista Derecho Penal Central | año VI | núm. 6 | enero-diciembre | 2025 | ISSN-i 2697-3251 | ISSN-e 2697-3359 | frecuencia: anual | año de inicio: 2019 | idioma: español

Derecho Penal Central es una publicación del área de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Esta revista difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas penales; su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los temas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

**DIRECTOR**

Ramiro J. García Falconí

**COMITÉ EDITORIAL**

Ramiro J. García Falconí— Universidad Central del Ecuador (Ecuador)  
José Luis González Cussac— Universidad de Valencia (España)  
Javier Fernández Teruelo— Universidad de Oviedo (España)  
Miguel Abel Souto— Universidad Santiago de Compostela (España)  
Miguel Díaz y García Conlledo— Universidad de León (España)  
Miguel Ángel Núñez Paz— Universidad de Huelva (España)  
Javier de la Fuente— Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina)  
Beatriz Rodríguez Tapia— Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

**COORDINADORA Y RESPONSABLE ACADÉMICA**

Eliana Alba Zurita

**COLABORACIÓN**

Andrea Morales Lloré  
Iris del Belén Franco López

Revista Derecho Penal Central  
<http://revistadigital.uce.edu.ec/>  
<https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>  
[fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec](mailto:fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec)

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales  
Av. Universitaria s/n, Quito-Ecuador, C. P. 170129  
[fjcps.subdecanato@uce.edu.ec](mailto:fjcps.subdecanato@uce.edu.ec) | [decanato.fjcps@uce.edu.ec](mailto:decanato.fjcps@uce.edu.ec)

**Editorial Universitaria**

Director | Edison Benavides  
Diseño y diagramación | Christian Echeverría  
Portada | Christian Echeverría - Freepick AI

Ciudadela Universitaria, Avenida América, s. n.  
Quito, Ecuador  
+593 (02) 2524 033  
[editorial@uce.edu.ec](mailto:editorial@uce.edu.ec)



Los contenidos pueden usarse libremente, sin fines comerciales y siempre y cuando se cite la fuente. Si se hacen cambios de cualquier tipo, debe guardarse el espíritu de libre acceso al contenido.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

Patricio Héctor Aurelio Espinosa Del Pozo | RECTOR

Mercy Julieta Logroño | VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

Myriam Katherine Zurita Solís | VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Silvio Alejandro Toscano Vizcaíno | VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Solimar Herrera | DECANA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Franklin Vásquez | SUBDECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Raúl Llásag Fernández | DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

## Índice

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra la eficiencia de la administración pública en el Ecuador <i>Magaly Camila Ruiz Cajas</i> .....	07
La financiación ilegal de partidos políticos, una propuesta de tipificación en el código orgánico integral penal ecuatoriano. <i>Miguel Ángel Angulo Gaona</i> .....	27
Tipos penales para conductas que vulneran la integridad sexual, a través del mal uso de inteligencia artificial en Ecuador <i>Estefany Alvear Tobar, Nicole Enríquez Espinoza</i> .....	44
Los programas de cumplimiento en la responsabilidad penal de la persona jurídica <i>Katherine Fernanda Barona Pazmiño</i> .....	61
La imprudencia profesional. Especial referencia a la previsión en el código penal ecuatoriano <i>Ricardo Reyes Vasco</i> .....	84
Instrucciones para los autores .....	101

# DERECHO PENAL CENTRAL



## La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra la eficiencia de la administración pública en el Ecuador

### Criminal liability of legal entities for crimes against the efficiency of public administration in Ecuador

MAGALY CAMILA RUIZ CAJAS

iD Investigadora Independiente

#### RESUMEN

El presente es un análisis crítico a la responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos contra la eficiencia de la administración pública, mismos que toman principal importancia, a partir del escándalo de corrupción de la empresa constructora Norberto Odebrecht, que reveló varios actos de corrupción pública en diferentes países del continente americano, entre ellos, el Ecuador, país en el que la corrupción en virtud de la adjudicación de contratos, alcanzó a las más altas esferas gubernamentales. Esta práctica corruptiva, ha sido investigada desde la justicia ecuatoriana por delitos de cohecho, concusión, peculado, tráfico de influencias, entre otros, llegando a determinar la responsabilidad de varios funcionarios públicos de nivel jerárquico superior, como: ex Presidente de la República, ex Vicepresidente, Ministros, Asambleístas, Gobernadores y varios particulares en sus calidades de representantes legales, accionistas mayoritarios o apoderados de diferentes empresas consideradas corruptoras. En este sentido, se analizará brevemente las definiciones de responsabilidad de las personas en el Ecuador, el marco convencional, constitucional y legal aplicable a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que se derivan de la corrupción pública, la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el Código Orgánico Integral Penal con énfasis en los delitos contra la eficiencia de la administración pública.

**PALABRAS CLAVE:** Corrupción pública, persona jurídica, responsabilidad penal, delitos contra la eficiencia de la administración pública.

#### ABSTRACT

This is a critical analysis of the responsibility of legal entities in crimes against the efficiency of public administration, which have become more important since the corruption scandal of the construction company Norberto Odebrecht, which revealed several acts of public corruption in different countries of the American continent, including Ecuador, a country in which corruption in the awarding of contracts reached the highest levels of government. This corrupt practice has been investigated by the Ecuadorian justice system for crimes of bribery, extortion, embezzlement, influence peddling, among others, leading to the determination of the responsibility of several high-ranking public officials, such as: former President of the Republic, former Vice President, Ministers, Assemblymen, Governors and several individuals in their capacity as legal representatives, majority shareholders or agents of different companies considered corrupt. In this regard, the definitions of personal responsibility in Ecuador will be briefly analyzed, as well as the conventional, constitutional and legal framework applicable to the criminal responsibility of legal persons in crimes arising from public corruption, the criminal responsibility of legal persons from the Comprehensive Organic Criminal Code with emphasis on crimes against the efficiency of public administration.

**KEYWORDS:** Public corruption, legal entity, criminal liability, crimes against the efficiency of public administration.

<https://doi.org/10.29166/dpc.v6i6.7699>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2025 Universidad Central del Ecuador



Recibido: 21/9/2024  
Aceptado: 5/12/2024

ISSN-e 2697-3359

ISSN-i 2697-3251

[fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec](mailto:fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec)

## Definición de persona en la legislación ecuatoriana

Para efectos del presente análisis es necesario desarrollar de manera conceptual la denominación de persona como sujeto de derecho y obligaciones, así, el Código Civil, contempla dos clases de sujetos: “Las personas son naturales o jurídicas”, sin reconocer diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles (Arts. 41 y 43 CC).

En este sentido, la CR, en los artículos 10 y 11 determinan derechos de aplicación en favor de las personas (naturales o jurídicas) que deben ser observados y aplicados por los operadores de justicia, siendo motivo de análisis dentro de los derechos de protección las garantías del debido proceso que permiten que toda persona tenga derecho al acceso gratuito a la justicia, a la tutela efectiva y a la seguridad jurídica (Arts. 75, 76 y 82 CR).

### Persona natural

El Código Civil en el Art. 1 refiere que son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Para efectos del presente análisis, nos centramos en la persona natural con capacidad para adquirir derechos, contraer obligaciones y poder ejercerlos por sí misma.

Ahora, desde el ámbito penal lo que interesa es la capacidad de responsabilidad de la persona que puede ser imputada, en este sentido, en un principio toda persona física viva puede asumir la calidad de imputado, pero no toda persona física tiene la capacidad de responder en un proceso, así, según el COIP, para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta (Art. 34 COIP).

Del mismo modo, para Paulina Araujo es responsable penalmente quien ha adecuado su acción u omisión a un tipo penal específico de manera consciente y voluntaria.<sup>1</sup> Para Jiménez De Asúa: “Sólo el ser humano, es decir, las personas naturales son capaces de cometer actos bajo los elementos cognitivo y volitivo, por lo que merecen la atribución de una pena por su responsabilidad”.<sup>2</sup> Es decir, solo una persona física puede ser imputable y recibir la imposición de una pena por el órgano jurisdiccional siempre que de acuerdo al ordenamiento penal sean comprobadas la materialidad y la responsabilidad de la persona imputada.

### Persona jurídica

El C.C. define a la persona jurídica como “ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (Art. 564 CC).

En este marco de formalidad legal la PJ nace de la ley siendo un ente abstracto que persigue fines de utilidad colectiva, teniendo como medio la capacidad de goce y de ejercicio; diferenciándose entre públicas y privadas, las primeras tienen un fin de servicio público y se representan a través de sus autoridades designadas por un órgano de gobierno, mientras que las segundas tienen fines de lucro y tienden a favorecer intereses de particulares, se representan según su forma de constitución, en ambos casos su identidad y registro es facultad exclusiva del Estado (Art. 261.3 CR).

1 ARAUJO, Paulina; (2019) *Consultor Penal-COIP*, 4ta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, pág. 651

2 JIMÉNEZ DE ASÚA, (1958) *Principios del Derecho Penal: La Ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, pág. 120 - 211

## Persona jurídica pública

El artículo 225 de la CR, determina cuales son las personas jurídicas de derecho público en el Ecuador, mismas que esta constituidas unas con personalidad jurídica y otras con personería jurídica, en el caso de las primeras para poder representarse judicial o extrajudicial deben hacerlo a través del Procurador General del Estado.

Bajo la norma constitucional, la PJP cumple fines específicos acorde a su naturaleza, constituyéndose la administración pública en un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, transparencia entre otros. En al ámbito penal en el Ecuador la PJP puede considerarse víctima cuando resulte afectada por una infracción penal (Art. 441.6 COIP), con lo cual inclusive en el decurso de un proceso y previa presentación de la acusación particular adquiere derechos procesales en igualdad de condiciones como sujeto procesal. Sin embargo, de ello, es inimputable frente a la responsabilidad penal.

## Persona jurídica privada

El Art. 66 numeral 13 de la CR, reconoce y garantiza a las personas el derecho a asociarse, reunirse y manifestarse de forma libre y voluntaria, reconociendo este derecho también, para las organizaciones y asociaciones, surgiendo la persona jurídica privada como un ente ficticio con capacidad para celebrar y ejecutar todo acto y contrato relacionado con su objeto social; así también es sujeto de derechos y obligaciones. Para el cumplimiento de sus fines la sociedad está representada por una persona natural que actúa de buena fe y dentro del marco de la ley, el actuar contrario tradicionalmente determina responsabilidad en la persona natural y no en la sociedad ficticia. Amparado en el principio clásico una “sociedad no puede delinquir”, constituyéndose en un principio como un ente ficticio inimputable frente al derecho penal (Art. 3 Ley de Compañías).

Surgiendo aquí, el gran debate en el ámbito penal desde un análisis de política criminal moderna, teniendo como detonantes una sociedad en riesgo y globalizada, que ha dado paso al fenómeno de delincuencia a través de la utilización de empresas en dónde el principio “*Societas delinquere non potest*”, ya no puede sostenerse determinándose en varios países de Europa y América del Sur la responsabilidad de la persona jurídica entre ellos: España, Holanda, Portugal, Chile, y Ecuador, siendo este último motivo de análisis.

Concluyendo sobre esta primera parte que la Constitución ecuatoriana en materia de derechos en el ámbito procesal se sujeta al principio de unidad e indivisibilidad, no hace diferencia entre la persona natural de la persona jurídica.

## Breves presupuestos de criminalidad de la persona jurídica a partir de actos de corrupción pública

Son varios los instrumentos internacionales que han optado por proteger bienes jurídicos específicos, adoptando nuevas políticas de criminalidad mundial, proponiendo adecuar la normativa interna a los países suscriptores de los diferentes convenios que tienen como objetivo atribuirle a la persona jurídica conductas delictivas en una sociedad globalizada, a partir de actos de corrupción en el que se identifican estructuras delincuenciales incrustadas al interior de empresas.

## Marco Convencional

Entre los principales organismos internacionales encontramos a la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención para combatir el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en transacciones internacionales entre otras.

En este marco convencional el Ecuador es suscriptor de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida) desde el 11 de diciembre de 2003, misma que en el Art. 26 determina la responsabilidad de la persona jurídica y de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) desde el 15 de noviembre de 2000, Arts. 8 y 10, adoptando en su legislación nuevas políticas de criminalidad mundial en respuesta a los requerimientos internacionales.

## Marco constitucional y legal

En virtud del marco convencional, del cual, el Ecuador es suscriptor, a partir del año 2008, incorporó en la Constitución de la República, como un deber primordial del Estado, “garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”. (Art. 3.8 CR).

Así, desde el mes de agosto de 2014 entro en vigencia el COIP, cuerpo legal que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, adoptando un modelo cerrado para un determinado catálogo de delitos, conocido como sistema de “*numerus clausus*”, Art. 49 *ibídem*. El 14 de febrero de 2018, en el SRO No. 180, se publicó la reforma introducida mediante referéndum aprobado el 4 de febrero de 2018, que incorporó en el COIP la responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo.

## Garantías del debido proceso

Conforme ya se explicó, desde el ámbito procesal penal la legislación ecuatoriana reconoce a la persona jurídica los mismos derechos y garantías procesales aplicables a la persona natural contenidos en la Constitución, convenios internacionales y la ley, entre ellos el principio de igualdad ante la ley y garantías del debido proceso, Art. 76 CR.

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

### Responsabilidad penal de las personas jurídicas y su aplicación en el ámbito procesal ecuatoriano

La responsabilidad de las personas jurídicas en el Ecuador, surge como una respuesta a la criminalidad en el ámbito de la delincuencia económica, ante nuevas manifestaciones delictivas específicas que evolucionan en una sociedad, globalizada, multicultural, mediatizada y de riesgo, adecuando su normativa a la convención de Mérida y Palermo, como país suscriptor; y a partir del año 2018 incorpora la responsabilidad penal a los delitos contra la Eficien-

cia de la Administración Pública, ante el incremento de la corrupción pública reflejado en varios procesos de contratación con el Estado.

## Configuración de la responsabilidad de las personas jurídicas en el COIP

La legislación ecuatoriana hasta antes del 10 de agosto de 2014, fecha en la que entró en vigencia de manera íntegra el COIP, cimentaba la responsabilidad de la persona jurídica únicamente en el ámbito administrativo o civil; bajo criterios de la escuela clásica del derecho penal sustentado en que el delito es la consecuencia de un acto u omisión efectuado por una persona natural con voluntad y conciencia, elementos que excluyen a la persona jurídica, y que es sostenida mayoritariamente por: Roxin, Francisco Muñoz Conde, Gracia Martín, Mir Puig entre otros, quienes sostienen que la voluntad de la acción queda exclusivamente en la persona o representante de la persona jurídica; sosteniendo la inimputabilidad de la persona jurídica.

Posición que es de vieja data, ya en 1701 en los países de la common law se sostenía que las corporaciones no podían ser sujeto de responsabilidad penal, tesis que fue sostenida por el jurista Sir Edward Thurlow en el año 1731 y refrendada por Blackstone en 1765, y que fue explicada mediante la frase “no soul to be damned, no body to be kicked”,<sup>3</sup> utilizaba por quienes ya a esa fecha sostenían que las corporaciones no pueden delinquir, teniendo para los anglosajones una importancia próxima a los países de derecho continental “societas delinquere non potest”, resumiendo en una sola frase toda una doctrina compleja, por su parte John C. Coffee la utilizó para dar nombre a uno de sus artículos más famosos, “¿Podrías esperar que una corporación tuviera consciencia cuando no tiene alma que ser castigada ni cuerpo que ser golpeado?”.<sup>4</sup>

Frase que para muchos estudiosos del derecho penal, consideran que lo que quiso decir Thurlow, es lo contrario de lo que se le atribuye, es decir, consideran como un error de la jurisprudencia inglesa, respecto de la irresponsabilidad penal de las corporaciones, pues por esa irresponsabilidad “no se puede esperar justicia”, ya que “hacen lo que quieren”, en definitiva su irresponsabilidad genera impunidad.<sup>5</sup>

Más allá de las tesis dogmáticas y de sus precursores, la criminalidad ha ido en franca evolución apareciendo nuevas tipologías de delitos que se realizan con la utilización de estructuras empresariales modernas, tornando necesaria la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Siendo el Ecuador uno de los pocos países de América del Sur, que efectuó un cambio drástico en su normativa, al instituir la responsabilidad penal de la persona jurídica en el COIP, Título I, de la infracción penal en general, capítulo V; y desde que entró en vigencia a la presente fecha desde el ámbito procesal ha generado grandes inconvenientes para su aplicación, debido a la falta de claridad y especificidad en su redacción así:

“Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores,

3 GOMEZ, Jara, (2006) *La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos*, pág. 15

4 MARTÍNEZ, Víctor, (2019) *Responsabilidad de las personas jurídicas. La doctrina Societas delinquere non potest*, Editorial B de F, Montevideo - Uruguay, pág. 294

5 MARTÍNEZ Víctor, (2019) Ob. Cit., pág. 295

delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.”

## Destinatarios de la norma

El inciso primero del artículo 49 refiere que serán penalmente responsables las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado que, por la acción u omisión de quienes Ejercen su propiedad o control, Sus órganos de gobierno o administración, Apoderadas o apoderados, Mandatarias o mandatarios, Representantes legales o convencionales, Agentes, Operadoras u operadores, Factores, Delegadas o delegados, Terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, Ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, En general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

De esta cita, se aprecia que el Art. 49 excluye a la persona jurídica pública y exige como presupuesto principal de responsabilidad la acción evidente de un ser con conciencia y voluntad-persona natural, la misma que haya accionado u omitido una actuación prohibida, censurada y reprimida por la ley penal en condición de delito. Sin embargo es menester subrayar que las acciones u omisiones a que hace referencia la norma sustantiva en análisis, en su totalidad, no desplazan la responsabilidad a la persona jurídica.<sup>6</sup> Existiendo un catálogo de sujetos activos muy amplio que va desde altos representantes de nivel jerárquico superior a empleados de nivel jerárquico inferior, es decir, la norma no hace distinción.

Otro elemento a destacar es que la norma está diseñada a sancionar a los responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, sin embargo, excluye la RPPJ cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales ya enunciadas, cuando este es en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

Concluyendo que el primer inciso del Art. 49 del COIP contiene tres elementos que constituyen la base de la imputación de la persona jurídica: los sujetos activos acorde a un catálogo amplio, la finalidad de la acción u omisión; y que estas actuaciones u omisiones estén dirigidas a obtener un beneficio propio de sus socios o accionistas.

## Capacidad de acción de la persona jurídica

6 LÓPEZ, Antonio, (2018) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el nuevo paradigma de la legislación ecuatoriana*, 1ra Edición, Editora Jurídica Cevallos, Ecuador, pág. 93

Desde la doctrina tradicionalmente, para la aplicación de una sanción en materia penal se requiere la configuración de tres presupuestos de conducta, autoría o participación. Así, para Juan Francisco Pozo Torres, del Art. 49 se deriva la posible configuración de un sistema de heterorresponsabilidad, en razón de que el desencadenante de la responsabilidad es la conducta (activa u omisión) de una persona física<sup>7</sup>.

Traduciéndose entonces, en que la norma sustantiva fue redactada a partir de la coexistencia entre la persona natural a la jurídica, evidenciándose un lazo de comunicabilidad, a decir del jurista ecuatoriano Antonio López, el Art. 49 se traduce en el modelo vicarial o de heterorresponsabilidad, siendo imprescindible que exista un puente de comunicación entre la persona física y la jurídica que en el resultado de la acción u omisión, produce un acto lesivo antijurídico y culpable, es desplazado de la persona natural al ente pluripersonal.<sup>8</sup>

Para Zugaldia José, el modelo de heterorresponsabilidad es una “responsabilidad que es reconducible a la figura del representante (*“teoría de la identificación, del alter lego o del respondent superior”*) en la que primero hay que evaluar el comportamiento delictivo del agente para luego asignar, sin más, este comportamiento y el reproche que suscita a la persona jurídica (se transfiere a la persona jurídica la culpabilidad de la persona física que ha actuado en su seno, por lo que es la culpabilidad de esta la que hace culpable a aquella.”<sup>9</sup>

Para este autor la PJ si es susceptible de someterse al principio de acción, en cuanto son, como la persona natural, destinatarias de normas jurídicas y capaces de producir los efectos contenidos en la misma normativa, por tanto pueden ser sujetos activos de una infracción penal, en cuanto, por si mismas pueden celebrar contratos, adoptar acuerdos que son perceptibles en el mundo exterior a través de sus órganos de representación.<sup>10</sup>

Para Zugaldia, Shelman y Von Lizenszt, citados por Paulina Araujo, las manifestaciones de voluntad de las empresas son “acciones de la propia persona jurídica”, y expresión de su específico obrar corporativo, en otras palabras, “quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o incumplir los contratos concluidos,”<sup>11</sup> participar en concursos, y de manera general adquirir obligaciones y responsabilidades, independiente de la persona natural.

## Culpabilidad de la persona jurídica

Desde la dogmática penal la capacidad de culpabilidad de la persona jurídica es aún más compleja, así algunas posturas doctrinarias rechazan que la persona jurídica tenga capacidad de culpabilidad e inclusive consideran que la responsabilidad penal y la sanción deben prescindirse de este concepto.

Para Schünemann, citado por Bacigalupo, la sanción de carácter penal a la persona jurídica debe basarse en el estado de necesidad del bien jurídico, que surge por una situación similar al estado de necesidad por el debilitamiento de la eficiencia preventiva en el ámbito de la criminalidad de empresa; en el mismo sentido Stratenwerth, considera que debe suprimirse la exigencia de culpabilidad para las personas jurídicas, y en vez de una sanción penal

7 POZO Juan Francisco, (2018) *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*, 1ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, pág. 66

8 LÓPEZ, Antonio, (2018) Ob. Cit. pág. 106

9 ZUGALDIA, José, (2013) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en los entes sin personalidad y de sus directivos*, España, 2013, pág. 64.

10 ARAUJO, Paulina, (2014) *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador, la responsabilidad de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*, 1ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, pág. 77.

11 ARAUJO, Paulina, (2014) Ob. Cit., pág. 77

admite la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad basadas principalmente en criterios de prevención.<sup>12</sup>

Por otra parte, autores como Tiedemann, plantea el concepto de culpabilidad desde el defecto de organización, basado en que la persona jurídica al recibir el mandato de determinación, se le exige que se organice implementando medidas de vigilancia y control para evitar la comisión de ilícitos por parte de sus miembros<sup>13</sup>. De esta manera, organizarse correctamente es un deber de la persona jurídica misma y no únicamente de las personas. Tal culpabilidad de la agrupación no es idéntica a la culpabilidad cumulativa constituida por la adición de las culpas personales. Tampoco está basada, o no solamente, en la imputación de la culpabilidad de otro. Reconocer en derecho penal la culpabilidad social de la empresa, solo significa reconocer, de una parte, las consecuencias de su realidad social y, de otra parte las obligaciones correspondientes a sus derechos.<sup>14</sup>

Esta teoría del defecto de organización, ha sido cuestionada al requerir para su aplicación una conexión entre el delito de la persona física para transferir responsabilidad penal a la persona jurídica; evidenciándose un modelo vicarial. Para Paulina Araujo, el defecto de organización se sustenta en que la persona jurídica no responde simplemente porque la persona física haya cometido un delito en su interés o para su beneficio, sino porque dicho delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión.<sup>15</sup> Con esto la ley enfrenta formalmente a la persona jurídica en su posición de garante de vigilancia y organización.<sup>16</sup>

Dejando sentado que en el Ecuador, la normativa penal adquirió el principio de la responsabilidad dual o vicarial, y si bien, la responsabilidad penal es independiente entre la persona física y jurídica, procesalmente hablando no es factible vincular a la persona jurídica a un proceso penal, si no tengo como sujeto activo a una persona física, en los términos del inciso primero del Art. 49 del COIP; y siempre que, de la conducta de la persona física se derive en un beneficio a la empresa o a sus socios.

En este sentido, en el Ecuador en el mes de mayo de 2019 la Asamblea Nacional aprobó una propuesta de reforma al Art. 49 en la que proponía agregar de manera directa en este artículo “el defecto de organización como eje para su imputación”, sin embargo, esta no fue tratada en el proyecto del mes de septiembre de 2019, y en consecuencia no forma parte de las reformas introducidas al COIP vigentes desde junio de 2020.

## Autoría y participación

Desde la doctrina existen dos posiciones y estas son analizadas desde la participación criminal y el rol de cada uno de los sujetos activos en la comisión de la conducta ilícita empresarial, la responsabilidad de los directivos o representantes legales, no puede ser igual a la de sus subordinados.

12 BACIGALUPO, Silvina, (1998) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, 1ra. Edición, España pág. 160 - 168.

13 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2009), *Bases de un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, tercera edición, España, pág. 311

14 TIEDEMANN Klaus, Responsabilidad de las personas jurídicas / [http://pers.unifr.ch/derecho\\_penal\\_assets/files/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://pers.unifr.ch/derecho_penal_assets/files/anuario/an_1996_07.pdf)

15 ARAUJO Paulina, (2014) *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador, Responsabilidad de las Personas Jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones; Primera Edición, Ecuador, pág. 72

16 HERNANDEZ H, (2008) Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa, Revista de Estudios de la Justicia No. 10, pág. 175 a 198.

Así, para algunos juristas existen dos vertientes, la posición de garante que surge de un deber jurídico extrapenal o de aquella que nace de su dominio de organización. En el primer caso encontramos a Tiedemann, Vogel y Sánchez Álvarez, citados por Paulina Araujo, quien sostiene que la posición de garante se funda en el deber de actuar alineado expresamente por el Derecho Mercantil, aunque estas normas se encuentran fuera del ámbito penal, son las que permiten hablar de un delito perpetrado en la modalidad de comisión por omisión, toda vez que todos los miembros de una empresa asumen un rol de protección.<sup>17</sup>

En el segundo grupo encontramos a Frish y Schünemann, quienes sostienen la posición de garante del directivo en el poder de dirección empresarial que obliga de suyo al consejero a evitar todas aquellas fuentes de peligro que la empresa o los subordinados pudieran originar.<sup>18</sup> Para Schünemann lo trascendental no sólo es la pertenencia del consejero a la élite directiva, "sino el dominio sobre el origen del resultado".<sup>19</sup> Para Paulina Araujo, los directivos o consejeros de la persona jurídica tienen dos deberes, el de vigilar determinadas fuentes de peligro (deberes de aseguramiento y de domino) y, el deber de proteger determinados bienes jurídicos frente a los peligros que los amenazan (deberes de custodia).<sup>20</sup>

En cuanto a los subordinados, o autores materiales, que ejecutarían lo convenido por el órgano máximo de decisión y que formalmente se constituirían en autores materiales del delito, los criterios doctrinarios son varios y están orientados a excluir la responsabilidad penal siempre que se demuestre que el operador al dar el cumplimiento a las órdenes del superior jerárquico, no tenía conocimiento de la ilicitud de la conducta, lo que permitiría incluso afirmar que no pueda ser visto como el protagonista principal del hecho, a pesar de que su acción sea la gestora de la vulneración del bien jurídico.<sup>21</sup>

Para Schünemann, se debe individualizar al órgano ejecutor desde la división del trabajo y funcionamiento empresarial en donde el subordinado que realiza el acto de ejecución, en la mayoría de veces no tiene capacidad de resistencia sobre sus superiores y de las decisiones antijurídicas de la cúpula.<sup>22</sup> Por otra parte: Roxin, Martínez y Pérez Cepeda sostienen que el subordinado debe responder dado que su participación se configura como un caso de autoría material.

Para Araujo, la responsabilidad de los miembros de un órgano colegiado surge cuando se comienza a ejecutar la decisión previamente acordada, por tanto lo que procede es analizar el grado de participación de los directivos, es decir si deben responder como coautores directos, coautores mediatos, instigadores o simples partícipes de los ejecutores de la decisión.

Otro factor importante y que lo desarrolla Ana Pérez es la participación de los mandos intermedios encargados de la transmisión a los subordinados de la orden delictiva, respondiendo como cooperador necesario cuando posea una capacidad de decisión respecto a poder o no interrumpir la transmisión de la orden. Para esta autora si carece de este poder de decisión debe responder en un grado de complicidad, tomándose siempre en cuenta que, mientras los mandos medios más se acerquen a la cúspide, su conducta será más reprocha-

17 ARAUJO Paulina, Ob. Cit., pág. 115

18 *Ibidem*.

19 SCHÜNEMANN B, (1998) Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, pág. 539 a 540

20 ARAUJO Paulina, (2014) Ob. Cit., 118

21 ARAUJO Paulina, (2014) Ob. Cit., pág. 121

22 SCHÜNEMANN B, (1998) Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa, pág. 533

ble a la del ejecutor inmediato y no podría calificarse como un mero ayudante indirecto, sino de un cooperador necesario.<sup>23</sup>

Ahora bien, en el Ecuador los grados de participación de las personas se encuentra determinado en el Art. 42 y 43 del COIP; en el primer caso existen tres modalidades de autoría: directa, mediata y coautoría; que en concordancia con el artículo 49 *ibídem*, llevan a concluir, que la premisa rectora de la participación criminal de la persona jurídica es: "La responsabilidad en calidad de coautor del dirigente de la empresa en base a la autoría material del subordinado (ejecutor)."<sup>24</sup>

Esta teoría es sustentada por Jescheck, quien sostiene que el carácter común de la decisión respecto a la realización del hecho viene dado por la pertenencia a la organización. El director responderá como coautor aunque su contribución no sea formalmente en el marco de la acción típica, si ha sido parte necesaria para la ejecución global del plan delictivo.<sup>25</sup>

Para Maurach, existe coautoría en razón de la división de trabajo tendente a un resultado, donde cada uno de los agentes tiene el dominio del hecho respecto a la totalidad de la conducta ilícita, de ahí, que no es necesario que todos los elementos típicos sean llevados a cabo por todos los sujetos, siendo suficiente que realicen acciones necesarias para que el delito se configure.<sup>26</sup>

Estos criterios concuerdan con el artículo 42 numeral 2 literal b) del COIP, tomando en consideración que en la cúspide empresarial de la que nace el plan delictivo, son autores mediatos, dado que ordenan la comisión de la infracción valiéndose de otras personas, imputables o no, mediante orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto, así como por el abuso de autoridad que propicia a que un tercero cometa la infracción, aunque esta no pueda calificarse como irresistible<sup>27</sup> y con el literal d) *ibídem*, que refiere como autoría mediata a: "Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva."

Por su parte los subordinados que con conciencia y voluntad ejecutan el plan delictivo de los órganos de decisión, responderán como autores directos, por ser: "Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata", según el Art. 42 numeral 1; mientras que los directivos de las empresas y los subordinados se configura la coautoría del numeral 3 *ibídem*, que dice: "Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción."

Y en el numeral 1, literal b) del artículo 42 *ibídem*, estarían los subordinados que delinquen y los directivos de la persona jurídica que no tomaron las medidas para evitar la infracción. Estableciendo que la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Ecuador, según el inciso segundo del artículo 49 del COIP: "es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito." Es decir, no se puede transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, si se desconoce al verdadero autor del delito, (directivo o subordinado) ni mucho menos vincular a una persona natural con la conducta delictiva empresarial por el simple hecho de pertenecer a la empresa o actuar a su nombre.<sup>28</sup>

En esta misma línea, del análisis de los Arts. 49 y 50 del COIP, se determina que están directamente relacionados en cuanto a determinación de responsabilidad penal en ambos ar-

23 PEREZ Cepeda, (1997) *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, CEDEC, Barcelona, pág. 413

24 ARAUJO Paulina, (2014) *Ob. Cit.*, pág. 110

25 JESCHECK, Hans.,(2003)*Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares*, Cuarta Edición pág. 611

26 MAURACH Reinhart y otro, (1995) *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Segunda Edición, Editorial Astrea, pág. 370

27 ARAUJO, Paulina, (2014) *Ob. Cit.*, pág. 130 -131

28 ARAUJO, Paulina, (2014), *Ob. Cit.*, pág. 128

títulos existe una coexistencia de imputación conjunta, aunque independiente y autónoma de la persona jurídica y natural en el escenario de un mismo injusto penal. Para el jurista ecuatoriano López, en estos parámetros siempre vamos a tener que realizar una dicotomía de la responsabilidad penal, la una hacia la persona jurídica que es de naturaleza autónoma e independiente, y la otra por su tipicidad, individual, antijuricidad accionada con voluntad y conciencia.<sup>29</sup>

## Medidas cautelares y consecuencias penológicas de las personas jurídicas

### Medidas cautelares para las personas jurídicas

Los Arts. 519 y 549 del COIP, determinan medidas cautelares o de protección, así como medidas sobre bienes aplicables a la persona natural o jurídica tenemos: (1) secuestro, (2) incautación, (3) retención; y (4) prohibición de enajenar bienes. Estas medidas si bien no son específicas para la persona jurídica por su redacción: *“La o el juzgador podrá ordenar las siguientes medidas cautelares sobre los bienes de la persona natural o jurídica procesada.”* Se asume que son aplicables a la persona jurídica.

Por otra parte, el artículo 550 *ibídem*, enumera medidas cautelares específicas: *“Medidas cautelares para personas jurídicas”*, siendo: (1) Clausura provisional de locales o establecimientos, (2) suspensión temporal de actividades de la persona jurídica, (3) intervención por parte del ente público de control competente; además refiere que la intervención se podrá disponer previo informe del interventor.

Desglosando el Art. 550 del COIP se llega a determinar que la medida cautelar contenida en el numeral 1, *“Clausura provisional de locales o establecimientos”*, y la pena impuesta para las personas jurídicas contenida en el numeral 3 del Art. 71 *ibídem*, *“Clausura temporal o definitiva”* tienen cierta similitud; precisando que para la imposición como medida cautelar la clausura siempre será provisional; mientras que, para su imposición como pena tendrá criterios propios de determinación por parte del órgano jurisdiccional; la segunda medida *“suspensión temporal de actividades”*, recae en una medida cautelar y a mi criterio sería la única que se podría solicitar; y la tercera medida que al parecer es la menos lesiva para la persona jurídica, cae en el ámbito administrativo sancionatorio y no penal, trasgrediendo la seguridad jurídica y el principio de legalidad de la administración pública contenidos en los Arts. 82 y 226 de la CR; y que podrían acarrear consecuencias económicas para la persona jurídica, con efectos nefastos en el caso de ratificarse el estado de inocencia.

Así mismo, el Art. 551 del COIP, contiene medidas cautelares relacionadas a la propiedad financiera y patrimonial: *“La o el fiscal solicitará a la o al juzgador la adopción de medidas cautelares destinadas a inmovilizar los bienes, fondos y demás activos de propiedad o vinculados o que estén bajo el control directo o indirecto de personas naturales o jurídicas (...)”* Medidas cautelares que tienen como finalidad garantizar la reparación integral a la víctima (Art. 519 núm. 4 COIP).

### Consecuencias penológicas

En el Ecuador, las penas de las personas jurídicas son específicas y se encuentran establecidas en el Art. 71 del COIP, así: (1) multa, (2) comiso penal, (3) clausura temporal o definitiva

<sup>29</sup> LÓPEZ, Antonio, (2018) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el nuevo paradigma de la legislación ecuatoriana*, 1ra Edición, Editora Jurídica Cevallos, Ecuador, pág.109

de locales o establecimientos según la gravedad de la infracción o el daño causado, (4) realizar actividades comunitarias, (5) remediación integral de daños ambientales, y (6) disolución de la persona jurídica, en el caso de personas extranjeras liquidación de su patrimonio mediante procedimiento legalmente previsto, en este caso, no habrá lugar a recontractación o reactivación de la persona jurídica; y (7) prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente de acuerdo a la gravedad de la conducta.

Es decir, las penas únicamente se reducen al pago de multas, clausura temporal o definitiva y extinción de la persona jurídica; evidenciándose que ha sido determinada en un contexto general y no individual, siendo necesario aplicar criterios de ponderación y graduación desde el flujo del negocio de la empresa y el incremento de su patrimonio en el periodo investigado previo a dictar una pena; y, en cuanto, a la reparación integral el Art. 77 del COIP, en el inciso final incorporado mediante reforma de junio de 2020, no especifica de manera puntual a la persona jurídica, únicamente hace referencia a “las personas” condenadas con sentencia ejecutoriada por delitos como cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo quienes responderán inclusive con sus bienes; en este caso, desde el ámbito procesal el órgano jurisdiccional necesariamente al momento de dictar sentencia a la PJ, tendrá que aplicar derechos reconocidos a favor de la víctima desde el ámbito internacional y que se encuentra recogidos en el Art. 78 CR.

Otro factor determinante al momento de dictar una pena constituyen las atenuantes y agravantes, contenidas en Art. 44 del COIP que dice: “Para la imposición de una pena se consideraran las atenuantes y agravantes previstas en este Código (...)”, En el caso de las PJ en los delitos de cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo, la norma no determina atenuantes, hecho que si ocurre en los delitos ambientales, debiendo entonces desde el ámbito procesal aplicar el principio de unidad e indivisibilidad, por cuanto, en materia de derechos y garantías procesales la constitución y la ley no hace diferencia entre la persona natural de la persona jurídica, más aún cuando el Ecuador en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica ha adoptado un modelo de heteroresponsabilidad o vicareal.

## **Responsabilidad penal de las personas jurídicas como respuesta al incremento de la corrupción pública.**

En el Ecuador durante los últimos años desde la praxis se evidencian varios casos que tienen como factor determinante la participación de funcionarios del Estado, así, el 16 de octubre de 2019, quedó ejecutoriada la sentencia dictada en contra de un ex vicepresidente de la República del Ecuador, por el delito de asociación ilícita.

Este proceso penal exteriorizó actos de corrupción entre funcionarios públicos y representantes de empresas constructoras entre ellas Odebrecht, adjudicatarias de contratos para la ejecución de obras de infraestructura en los sectores estratégicos del Ecuador, que eran adjudicados, previo ofrecimiento y entrega de dádivas, dones o presentes, iniciándose procesos judiciales por delitos de tráfico de influencias, cohecho peculado.

Siendo uno de los casos emblemáticos el denominado caso “sobornos 2012 – 2016”, que tuvo como partícipes del delito de cohecho, a un ex presidente y vicepresidente de la República del Ecuador, ministros, asambleístas, secretarios de estado, gobernadores, asesores; y como cohechadores a los representantes legales, accionistas mayoritarios o apoderados de varias empresas nacionales y extranjeras de reconocida trayectoria.

Del análisis de la teoría fáctica de la fiscalía general del Estado y de la prueba practicada se llegó a demostrar que existían unos archivos en excel denominados “archivos verdes” en donde se registraban:

### EMPRESAS MD

NOMBRE	VALOR TOTAL OFRECIDO	VALOR EN FACTURAS	SALDO EN FACTURAS	EFFECTIVO RECIBIDO	OBSERVACIONES
Equitesa /PEVE RDU	500.000	470.000	246.589.87	30.000	Ofreció concretar el martes 16 de octubre de 2012. Entregado 30.000 21.11.2012

Fuente Fiscalía General del Estado, Informe Pericial No. CNCMLCF-LCCF-Z9-IF-2019-1091-OF, pág. 53672 – Elaboración propia

Del análisis de este cuadro y que motiva el presente trabajo académico, se evidenció que las empresas contratistas del Estado, formaban parte de un sistema estructurado de sobornos a funcionarios públicos, contando inclusive con un riguroso registro de ofertas y entregas de sobornos en efectivo o a través de un mecanismo de cruce de facturas que consistía en que la persona jurídica pagaba los servicios contratados por el movimiento político del gobierno de turno; y en el desarrollo de la audiencia de juicio se llegó a demostrar el registro de la factura tanto en los archivos verdes, como en la contabilidad de la empresa, por eso, parte de la teoría del caso que la Fiscalía propuso fue que se trataba de un caso de cohecho con factura.

Sin embargo, desde el ámbito procesal existió un obstáculo legal para vincular a la persona jurídica, por cuanto en el Ecuador se incorporó la responsabilidad penal de la persona jurídica a partir del mes de agosto de 2014, y respecto de un catálogo cerrado de delitos, ajenos a la Eficiencia de la Administración Pública, como ya quedo referido.

## Generalidades

Ante el incremento de los casos de corrupción pública que trasgrede el bien jurídico Eficiencia de la Administración Pública, mediante reforma incorporada en el COIP a partir del 14 de febrero de 2018, se incorporó la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos de cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo. Sin que exista una definición de corrupción en la normativa ni en la doctrina ecuatoriana, esto, a decir de Francisco Nieto, en diversos países no es posible desarrollar en forma satisfactoria un concepto unívoco de la corrupción, por cuanto, existen diferentes factores como las costumbres, la coyuntura de cada país, los presupuestos ideológicos, la situación social y económica, por citar algunos.<sup>30</sup> Por esta razón, desde el ámbito procesal se acogen los criterios determinados en la Convención de Mérida, tanto en su conceptualización como en su clasificación.

## Cohecho

30 Nieto, Francisco, (1994) *Desmitificando la corrupción en América Latina*, Revista Nueva Sociedad No. 194, Corrupción y Política en América Latina, Caracas, pág. 55.

El presente estudio toma como punto de partida la tipificación del delito de cohecho a partir del Código Penal de 1971, constante en los Arts. 285, 286, 287, 288, 289 y 290 existiendo diversas modalidades de cohecho, normativa que estuvo vigente hasta el mes de agosto de 2014, y posteriormente en el artículo 280 del COIP, cómo un delito bilateral o de doble vía, en el que dos sujetos el cohechador (cohecho activo) y el cohechado, (cohecho pasivo) ejecutan simultáneamente la conducta típica.

Esta figura punitiva fue elevada a rango constitucional permitiendo sancionar por el delito de cohecho desde la Constitución de 1978 en el Art. 59, a las máximas autoridades del Poder Ejecutivo, Presidente y Vicepresidente; la constitución de 1998 en el Art. 73 a los secretarios de Estado; y la Constitución del 2008 en el Art. 233 incorporó la responsabilidad de todos los servidores públicos extendiendo la participación en este delito a los particulares, en los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, determinándolo como un delito imprescriptible y de juzgamiento en ausencia, encontrándose tipificado en la actualidad en el COIP así:

“Art. 280.- Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos”.

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*.”

Para el jurista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, el delito de cohecho es un acto antijurídico que necesariamente para su consumación debe contar con la voluntad de dos agentes, el corruptor o activo, que es el particular que propone al funcionario público la actuación a base de precio o recompensa; y el corrompido, o pasivo que es quien recibe o acepta la propuesta.<sup>31</sup>

En el mismo sentido, el profesor Zavala, refiere: “el cohecho es un delito bilateral por el que un particular, por medio de promesas o dones logra que el empleado público, o el encargado de un servicio público, traicionando sus deberes de probidad y de fidelidad para con el Estado ejecute, incitado por dichos dones o promesas, actos propios de su empleo, aunque

31 ZABALA, Baquerizo Jorge (1981), Alegato Penales. Tomo I, pág. 30

sean justos dentro de su competencia.”,<sup>32</sup> construido desde sus elementos objetivos de la siguiente manera:

### Elementos objetivos del delito de cohecho - Art. 280 COIP

Sujeto activo – calificado	<ul style="list-style-type: none"> <li>Las o los servidores públicos, personas que actúen en virtud de una potestad estatal - cohecho pasivo</li> <li>Cualquier persona - Persona natural o jurídica (2018) – cohecho activo (Art. 233 CR - extraneus)</li> </ul>
Sujeto pasivo – calificado	El Estado - Art. 225 CR
Bien jurídico tutelado	Eficiencia de la Administración Pública
Verbo rector	<ul style="list-style-type: none"> <li>Recibir o aceptar - cohechado</li> <li>Ofrecer, dar o prometer – cohechador</li> </ul>
	Cohecho pasivo:
Elementos valorativos	<ul style="list-style-type: none"> <li>Actuar en virtud de una potestad estatal</li> <li>Beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero.</li> <li>Sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones.</li> <li>Cohecho activo:                             <ul style="list-style-type: none"> <li>Donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material.</li> <li>Para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito.</li> </ul> </li> </ul>
Sanción Persona jurídica A partir de febrero 2018	<ul style="list-style-type: none"> <li>Disolución y liquidación</li> <li>Pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general. (400 USD SBU)</li> </ul>

De este análisis, se desprende que el inc., primero y el quinto se complementan en su redacción, superando el primer elemento de tipicidad objetiva como es la calidad de sujeto activo del delito de cohecho.

Ahora bien, desde el análisis subjetivo la responsabilidad penal de la persona jurídica constante en el Art. 49 del COIP, y aplicado al delito de cohecho tipificado en el Art. 280 ibídem, se puede concluir que es aplicable bajo un modelo de heteroresponsabilidad o vicareal cuya imputación se sustenta en la transferencia de la conducta típica, antijurídica y culpable de la persona física a la jurídica, por cuanto no se cuenta con un procedimiento propio que determine la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la persona jurídica.

En este sentido, desde la praxis a la presente fecha, no existen precedentes jurisprudenciales que permitan tener una visión más clara en la determinación de RPPJ, esto, por cuanto, la mayoría de las causas por el delito de cohecho se encuentran tramitando en la vía jurisdiccional, con la normativa anterior, en aplicación del principio de legalidad sustantiva contenido en el Art. 73.7 de la CR, en concordancia con el Art. 16.1 del COIP, lo que deja grandes disconformidades en la ciudadanía ecuatoriana, ya que, las empresas corruptoras que ya han sido plenamente identificadas, han cambiado a sus directivos o subordinados vinculados a actos de corrupción; y aún mantienen contratos con el Estado, y en otros casos, siguen concursando para hacerse de nuevas adjudicaciones de contratos.

32 ZABALA, Baquerizo Jorge (1981) Ob. Cit., pág. 30

## Tráfico de Influencias

Es un tipo penal que se encuentra tipificado desde el Código Penal de 1971, como una modalidad menor de peculado y en concordancia con el artículo 233 CR, era considerado imprescriptible, de juzgamiento en ausencia y permitía extender la participación de la infracción a un particular; y a partir del mes de agosto de 2014, se incorporó en el Art. 285 del COIP, como un delito independiente, dejando de ser imprescriptible, de juzgamiento en ausencia, y según su nueva redacción, este sólo permite sancionar al servidor público, así lo sostiene el jurista Richard Villagómez: “el delito conocido anteriormente como peculado menor sufrió un cambio al nombre de tráfico de influencias y ese se convirtió en un delito autónomo dejando de ser forma de peculado”.<sup>33</sup>

Esta nueva denominación a “tráfico de influencias” desde el ámbito procesal presenta grandes inconvenientes de aplicación por cuanto su redacción es ambigua:

“Art. 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

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.

Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito”.

Del análisis de los elementos objetivos se evidencia la ambigüedad en la redacción del tipo penal, por cuanto, en sus cuatro incisos no se considera a la persona jurídica como sujeto activo en el delito, así en el inc., tercero, únicamente se determina la responsabilidad a partir de la imposición de una sanción, sin que exista un puente de comunicación entre la persona física y la persona jurídica, en el resultado de la acción que produce el acto lesivo, antijurídico y culpable. Esta afirmación se efectúa al amparo del principio de legalidad; y el num. 2 del Art. 13 del COIP dice: “los tipos penales y las penas se interpretaran en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma”. Siendo un delito especial, que solo puede ser cometido por el funcionario público, y su extensión al particular a partir de la reforma del COIP del 2018, se efectuaría únicamente como extraneus.

Sin embargo de ello, no existe antecedente jurisprudencial de condena a la PJ, por este delito, por el contrario, bajo el principio de legalidad y la prohibición de interpretación extensiva contenida en el numeral 3, Art. 13 COIP, que dice: “Queda prohibida la interpretación

33 VILLAGÓMEZ, Richard (2015) El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal, Quito – Ecuador.

## Elementos objetivos del delito de tráfico de influencias - Art. 285 COIP

<b>Sujeto activo</b> – calificado	<ul style="list-style-type: none"> <li>Las o los servidores públicos</li> <li>Las personas que actúen en virtud de una potestad estatal</li> <li>Vocales o miembros de los organismos del Estado o del sector público en general</li> </ul>
<b>Sujeto pasivo</b> – calificado	El Estado - Art. 225 CR
<b>Bien jurídico tutelado</b>	Eficiencia de la Administración Pública
<b>Verbo rector</b>	Ejercer influencia
<b>Elementos valorativos</b>	<p>Inciso 1</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>En otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus intereses o de tercero</li> <li>Prevaliéndose de las facultades de su cargo</li> <li>De cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica.</li> </ul> <p>Inciso 2</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen,</li> <li>Se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas</li> <li>En contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.</li> </ul>
<b>Sanción Persona jurídica</b> A partir de febrero 2018	<ul style="list-style-type: none"> <li>Disolución y liquidación</li> <li>Pago de una multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general. (400 USD SBU)</li> </ul>

*de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar...*", desde el ámbito procesal en causas de grave connotación política o mediática la acusación fiscal, no logra superar la barrera de la primera fase de la Audiencia de Evaluación y Preparatoria del Juicio, relacionada con el saneamiento del proceso, en donde se declara el auto de sobreseimiento al considerar que la PJ no es sujeto activo del delito, causa No. 17294-2019-00130, Sobre este particular, aún no hay un antecedente que haya llegado a conocimiento de la Corte Nacional de Justicia, o que se haya elevado a consulta al Pleno de la Corte Nacional.

## Testaferismo

En el Ecuador, inicialmente se encontraba tipificado en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, e incorporado en el COIP, en el Art. 289, dentro del catálogo de delitos contra la Eficiencia de la Administración Pública, como un delito autónomo, sin embargo, en su redacción en el inciso 1 y 2 se evidencia un laso de conexidad con el delito de enriquecimiento ilícito, sea éste público o privado, así:

“Art. 289.- Testaferismo.- La persona que consienta en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen, producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público o producto del enriquecimiento privado no justificado, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

En caso de establecerse responsabilidad de personas jurídicas serán sancionadas con su extinción y multa de multa (sic) de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general. (...)"

## Elementos objetivos del delito de testaferrismo - Art. 289, inc. 1 y 2 COIP

<b>Sujeto activo</b>	La persona (cualquier persona, natural o jurídica)
<b>Sujeto pasivo – calificado</b>	El Estado
<b>Bien jurídico tutelado</b>	Eficiencia de la Administración Pública
<b>Verbo rector</b>	Consentir, aparentar
Elementos valorativos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen.</li> <li>• Producto del enriquecimiento ilícito de la o el servidor o ex servidor público.</li> <li>• Producto del enriquecimiento privado no justificado.</li> </ul>
Sanción Persona jurídica A partir de febrero 2018	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Extinción</li> <li>• y multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general (400 USD)</li> </ul>

De este análisis, el tipo penal como sujeto activo únicamente considera a **la persona que consienta en aparentar como suyo** el patrimonio obtenido de manera ilícita por el servidor público, esto, pese a que la CR en el inc. 3 del Art. 231 dice: *“Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.”*, esto con el fin de identificar el patrimonio ilícito. Sin embargo, al momento de determinar la responsabilidad del funcionario público o corruptor la excluye.

Por otro lado, el inc. 3 del Art. 49 del COIP dice: *“No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.”* En el caso en concreto, el delito de testaferrismo se incorporó dentro del catálogo de delitos en contra de la EAP al considerar que era el resultado de la comisión de otros delitos como cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, en el que el funcionario público utiliza o crea empresas familiares de derecho privado para ser utilizadas como testaferras. Ahí la importancia de que se incorpore al dominus como sujeto activo del delito y que en sede procedimental las dos responsabilidades tanto de la persona natural sea pública o privada; así como la jurídica sean valoradas de manera independiente, previa a la determinación de una sanción o la imposición de una pena.

## Conclusiones:

De este análisis crítico, se concluye que la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra la Eficiencia de la Administración Pública, y específicamente en el delito de cohecho tipificado en el Art. 289 COIP, es completamente viable, pese a que aún no exista un precedente jurisprudencial.

Que el delito de tráfico de influencias tipificado en el Art. 285 *ibídem*, desde el análisis de tipicidad objetiva contiene en su redacción imprecisiones que no permiten vincular a un proceso penal a la PJ, esto en virtud de que el derecho penal ecuatoriano, se sustenta en el principio de legalidad en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes (Art. 82 CR), existiendo prohibición expresa en materia penal de interpretación extensiva (Art. 13 COIP); sin que, a la presente fecha se cuente con un precedente jurisprudencial de condena a la PJ, o que en su lugar, ante la duda se haya elevado a consulta a la Corte Nacional de Justicia.

Y por último, el delito de testaferrismo tipificado en el Art. 289 *ibídem*, desde su análisis de tipicidad objetiva, la RPPJ es aplicable en el Ecuador, tanto más que su tipificación en el catálogo de delitos contra la EAP, es el resultado del cometimiento de otros delitos que se derivan de la corrupción entre ellos el cohecho. Existiendo aún reparos en cuanto al sujeto activo, por cuanto, en su redacción se excluye al funcionario público, y respecto del cual ya se han presentado proyectos de reforma ante la Asamblea Nacional. Precisando que desde el año 2018, no existe un precedente jurisprudencial de condena a la persona jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO, Paulina; (2019) *Consultor Penal-COIP*, 4ta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador.
- ARAUJO, Paulina, (2014) *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador, la responsabilidad de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal*, 1ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador.
- BACIGALUPO, Silvina, (1998) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Editorial Bosch, 1ra. Edición, España.
- GOMEZ, Jara, (2006) *La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos*. JESCHECK, Hans. (2003) *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comares, Cuarta Edición.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, (1958) *Principios del Derecho Penal: La Ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.
- HERNANDEZ H, (2008) Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa, *Revista de Estudios de la Justicia* No. 10.
- LÓPEZ, Antonio, (2018) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el nuevo paradigma de la legislación ecuatoriana*, 1ra Edición, Editora Jurídica Cevallos, Ecuador.
- MAURACH Reinhart y otro, (1995) *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Segunda Edición, Editorial Astrea.
- MARTÍNEZ, Víctor, (2019) *Responsabilidad de las personas jurídicas. La doctrina Societas delinquere non potest*, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay.
- NIETO, Francisco, (1994) *Desmitificando la corrupción en América Latina*, *Revista Nueva Sociedad* No. 194, *Corrupción y Política en América Latina*, Caracas.
- PEREZ Cepeda, (1997) *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, CEDEC, Barcelona.
- POZO Juan Francisco, (2018) *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador*, 1ra Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador.
- SCHÜNEMANN B, (1998) *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*.
- TIEDEMANN Klaus, *Responsabilidad de las personas jurídicas* / [http://pers.unifr.ch/derecho penal assets/files/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://pers.unifr.ch/derecho%20penal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf)
- ZUGALDIA, José, (2013) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en los entes sin personalidad y de sus directivos*, España, 2013.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2009), *Bases de un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Editorial Aranzadi, tercera edición, España.

VILLAGÓMEZ, Richard (2015) El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal, Quito – Ecuador.

# DERECHO PENAL CENTRAL



## La financiación ilegal de partidos políticos. Una propuesta de tipificación en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano

### Illegal financing of political parties, a proposal for typification in the ecuadorian integral organic penal code

MIGUEL ÁNGEL ANGULO GAONA<sup>1</sup>

**iD** Investigador del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, CEDPAL y Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Internacional SEK

#### RESUMEN

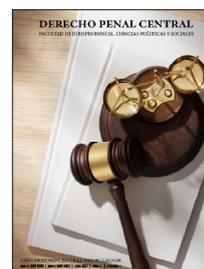
El presente trabajo tiene como propósito demostrar la necesidad de la tipificación de la financiación ilegal de los partidos políticos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano debido a la inexistencia de sanciones penales frente a estas conductas lesivas. En este contexto se desarrolla las formas de financiación permitidas para los partidos políticos desde el ámbito público y privado que establece la Ley Orgánica Electoral y Código de la Democracia del Ecuador. Así también se identifica las causas de la financiación ilegal de las organizaciones políticas con lo que se evidencia la lesión que producen sobre distintos bienes jurídicos. Así, se propone como conductas punibles la financiación ilegal activa y pasiva, además de plantear la propuesta de la sanción de los propios partidos políticos como personas jurídicas para tratar finalmente los aspectos y el procedimiento que debe realizar el poder legislativo para llegar la creación de los tipos penales correspondientes.

**PALABRAS CLAVE:** Financiación ilegal, partidos políticos, Código Orgánico Integral Penal, tipificar, conducta lesiva, bien jurídico, Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, personas jurídicas, tipificar.

#### ABSTRACT

The purpose of this work is to demonstrate the need to classify the illegal financing of political parties within the Ecuadorian legal system due to the lack of criminal sanctions against these harmful behaviors. In this context, the forms of financing allowed for political parties from the public and private spheres established by the Organic Electoral Law and Code of Democracy of Ecuador are developed. In this way, the causes of illegal financing of political organizations are also identified, which shows the damage they cause to different legal assets. Thus, active and passive illegal financing is proposed as punishable conduct, in addition to raising the proposal of sanctioning the political parties themselves as legal entities to finally address the aspects and the procedure that the legislative power must carry out to achieve the creation of the corresponding criminal types.

**KEYWORDS:** Illegal financing, political parties, Comprehensive Organic Criminal Code, classify, harmful conduct, legal good, Organic Electoral Law, Democracy Code, legal persons, classify.



Recibido: 20/8/2024  
Aceptado: 10/10/2024

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Central del Ecuador, Especialista en crimen organizado, corrupción y terrorismo por la Universidad de Salamanca, Especialista en derecho penal económico y compliance penal por la Universidad de Salamanca, Máster en derecho penal por la Universidad de Salamanca, Investigador del CEDPAL, Universidad de Gottingen y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal y Ciencias Criminológicas.

## INTRODUCCIÓN

La propuesta punitiva que expone el refuerzo y expansión del Derecho penal puede resultar muy atractiva para los ciudadanos que conviven en Estados que tienen un alto índice de criminalidad, si bien se conoce que el fortalecimiento del Derecho penal primario no es la solución a los problemas estructurales de la sociedad que en su mayoría son la causa de la realización de delitos<sup>2</sup>, puede que el título de este trabajo (*que propone la tipificación de un nuevo delito en un cuerpo normativo*) parezca contradictorio con las proposiciones de la política criminal que plantean la limitación y disminución del incremento de un sistema normativo de coerción penal.

No obstante, debido al incremento de capitales ilícitos como consecuencia de la actividad de las organizaciones criminales en Latinoamérica y puntualmente en Ecuador, resulta evidente (*a la luz de casos judiciales emblemáticos*) que estas actividades criminales han utilizado como un canal de impunidad y fomento de corrupción a los partidos políticos mediante su financiación<sup>3</sup>.

Esta propuesta deviene debido a que dentro del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano (*en adelante COIP*) no se encuentra tipificada como infracción penal la financiación ilegal de partidos políticos, entonces, resulta necesario dar una respuesta penal de castigo en contra de las conductas de las personas que, otorguen, acepten, reciban donaciones ilegales o participen en organizaciones cuya finalidad sea financiar ilegalmente a partidos políticos<sup>4</sup>.

## DESARROLLO

### Sistema de financiación en el Ecuador

El ordenamiento jurídico ecuatoriano plantea un sistema mixto de financiación de partidos políticos en los que confluyen fondos públicos y privados<sup>5</sup>, a esto debe añadirse que la financiación pública por parte del Estado no solo otorga una subvención para la mantención constante de los partidos; además se otorga financiación para las campañas electorales en periodos electorales.

La Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia actualizada, de fecha 3 de febrero de 2020 (*en adelante LOECD*) trata la financiación de los partidos políticos en Ecuador. El Título Tercero, Capítulo Primero se refiere a los recursos públicos que financian las campañas electorales y el Título Quinto, Capítulo Cuarto, Sección Primera se refiere a la subvención cons-

2 ZUÑIGA Rodríguez, Laura, *Nociones de Política Criminal*, Ciencias de la Seguridad Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009, p. 73 – 74; en el mismo sentido ROXIN, Claus, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 1998, p. 449.

3 En la última década uno de los casos más representativos en Ecuador sobre la impregnación de dineros de carácter ilícito para la financiación de un partido político fue el denominado “Caso Sobornos”, en el que se juzgó el hecho de que la empresa Odebrecht había entregado cohechos a funcionarios de alto nivel de gobierno y pagaba los gastos generados dentro y fuera de campañas electorales por el partido político al que pertenecían dichos funcionarios a cambio de flexibilizar o incluso adjudicar contratos de obras de infraestructura relevantes a favor de la empresa corruptora, véase en Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Caso No. 17721-2019-0029G.

4 SUÁREZ ROBLEDANO, José, Algunas consideraciones sobre la financiación ilegal de los partidos políticos en *Revista Española de Control Externo*, No. 65, Tribunal de Cuentas, Madrid, 2020, p. 11, en el mismo sentido TORRALBO MUÑOZ, Bartolomé, Financiación de los partidos políticos y corrupción. Una visión histórico jurídica (1931 – 2015) en *Anuario de historia del derecho penal*, No. 91, Madrid, 2021, p. 543.

5 Ley Orgánica Electoral. Código de la Democracia. Artículo 353. – “Las organizaciones políticas reciben financiamiento público y privado de acuerdo con los preceptos de esta ley...”.

tante de los partidos políticos para que finalmente la Sección Segunda se refiere al financiamiento privado de las organizaciones.

### **Financiación Pública**

El artículo 202 de la LOECD regula la financiación pública electoral de los partidos políticos, y se indica que el Estado a través del presupuesto del Consejo Nacional Electoral<sup>6</sup>, debe garantizar de forma equitativa la promoción electoral de las propuestas de las candidaturas de los partidos políticos que comprenderá únicamente la campaña propagandista en los medios de comunicación, con excepción de los medios digitales de redes sociales.

Otro escenario que comprende la financiación pública consta en el artículo 355 de la LOECD que establece que los fondos públicos destinados a estas organizaciones se otorgan para su mantención respecto de las actividades de formación de militancia, publicaciones, capacitación y el funcionamiento institucional.

Los fondos públicos serán otorgados siempre que los partidos políticos alcancen el cuatro por ciento de los votos válidos en dos elecciones a nivel nacional, tres representantes en la Asamblea Nacional, el ocho por ciento de alcaldías a nivel nacional y por lo menos un concejal o al menos, el diez por ciento de los cantones del país.

### **Financiación privada**

La financiación privada se regula en el artículo 359 de la LOECD y se plantea como posibles fuentes de estos aportes a las contribuciones periódicas de los afiliados, los recursos obtenidos de las propias actividades organizativas y las rentas ocasionales que generen sus inversiones o donaciones las cuales deben ser registrados en la contabilidad y en la página web de la organización o dentro del sitio web correspondiente al del Consejo Nacional Electoral.

Es importante señalar que, si bien el ordenamiento jurídico permite la financiación de los partidos políticos por parte de personas naturales o jurídicas, a la vez plantea un límite máximo de contribuciones consistente en un monto no superior al valor de 200 canastas básicas familiares o que suponga más del diez por ciento del presupuesto anual de la organización<sup>7</sup>.

### **Fuentes de financiación prohibidas**

Dentro del sistema de financiación de organizaciones políticas en Ecuador se plantea prohibiciones expresas de financiación con el objetivo de que no exista una competencia desigual entre organizaciones para el fortalecimiento de la democracia.

De este modo el artículo 360 de la LOECD prohíbe a las organizaciones políticas recibir de forma directa o indirecta contribuciones económicas de empresas estatales; de personas jurídicas o naturales que sean contratantes con el Estado; de instituciones, empresas o Estados extranjeros; de concesionarios de obras o servicios públicos que sean propiedad del Estado y de congregaciones religiosa de cualquier denominación.

6 El Consejo Nacional Electoral del Ecuador es el máximo organismo de sufragio con autonomía financiera y administrativa cuyas atribuciones consisten en organizar, controlar las elecciones, sancionar a los partidos políticos que infrinjan las normas reguladoras, destinar fondos públicos para los partidos y finalmente, inscribir y fiscalizar a estas organizaciones, véase en Constitución de la República del Ecuador, artículo 219. - Consejo Nacional Electoral. – Funciones.

7 El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), es la institución en el Ecuador que define el presupuesto de la canasta básica la cual a sido fijada en \$789.57, consecuentemente, lo que podría contribuir a una organización política una persona natura o jurídica es un monto no superior a \$ 157. 914.

## Reflexiones sobre la financiación de los partidos políticos

Una de las características de los países de cultura occidental es que desde su estructura constitucional se constituyen como Estados sociales y democráticos de Derecho, que protegen el pluralismo político que fomenta la formación y la manifestación de la voluntad popular y se componen como un instrumento para la participación política<sup>8</sup>.

Por la trascendencia de las funciones que son atribuidas a las organizaciones políticas, resulta indudable que su financiación no debe estar orientada a la instrumentalización de sus actividades, por el contrario, el hecho de recibir una importante cantidad de recursos se convierte en un parámetro que conforma los rasgos esenciales de la democracia representativa en un país.

Es decir, la necesidad de obtener fondos para afrontar los gastos de las organizaciones que requiere las acciones políticas, es un factor determinante del modelo de democracia igual o más importante que el sistema electoral de un Estado<sup>9</sup>.

Al realizar este estudio se puede apreciar que existen ventajas e inconvenientes de la financiación pública y privada respectivamente, sin que esto signifique que existe mayor impregnación de corrupción o ilegalidad en una u otra, por lo que resulta necesario establecer límites para prevenir y sancionar a conductas ilegales.

Como se mencionó en líneas precedentes, existen argumentos favorables y contrarios respecto de cada forma de financiación, es así que plantearé brevemente las diversas posturas sobre cada caso.

Los argumentos favorables de la financiación pública tienen que ver con garantizar la independencia de los partidos y de su estabilidad. Además, se crea condiciones de igualdad al buscar que las actividades políticas satisfagan la manifestación de la voluntad general sin que se dependa de grupos de poder específicos que puedan direccionar la actividad de las organizaciones por intereses particulares<sup>10</sup>.

Bajo esta consideración se trata de precautelar la competencia leal e igualitaria entre las organizaciones políticas, debido a que, la financiación ilegal de las organizaciones políticas podría generar una ventaja económica que situaría en una mejor posición competitiva al resto de organizaciones que no tendrían esos aportes<sup>11</sup>.

En oposición a los argumentos favorables también existen posiciones contrarias a la financiación de las organizaciones políticas, una de ellas es la falta de límites de los montos introducidos a los partidos por los gastos desorbitados que puedan generar las personas naturales que administran dichos recursos<sup>12</sup>.

Una segunda posición contraria que pone énfasis en la financiación pública, es que realmente con este tipo de subvención no fortalece la igualdad entre organizaciones políticas ya que se favorece a los partidos políticos tradicionales y grandes, consecuentemente, se man-

8 OLAIZOLA NOGALES, Inés, *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 91; en el mismo sentido MAROTO CALATAYUD, Manuel, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Madrid, 2015, p. 135-136.

9 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La Financiación de los Partidos Políticos*, Madrid, Ediciones Cínica, 2009, p.11.

10 DEL CASTILLO VERA, María Pilar, *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales, Siglo XXI de España Editores*, Madrid, 1985, p. 279.

11 LEÓN ALAPONT, José, *El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de estos como personas jurídicas*, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2018, p. 14.

12 OLAIZOLA NOGALES, Inés, *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, op., cit, p. 93.

tiene la prevalencia de estos ya que los partidos pequeños no reciben ningún tipo de subvención para gastos ordinarios o electorales<sup>13</sup>.

Respecto de la financiación privada de las organizaciones políticas también existen argumentos a favor y en contra. Una de las posiciones favorables más importantes sostiene que con este tipo de aportes se fortalece la conexión entre partidos políticos y la sociedad.

En este contexto, todos los autores concuerdan en incrementar las aportaciones de los militantes, afiliados y simpatizantes<sup>14</sup>, sin embargo, existe división sobre los aportes que realizan las personas jurídicas ya que los partidos que más se beneficiarían de esta financiación serían los que tengan mayor conexión ideológica con grupos empresariales.

Desde esta perspectiva, se produciría dos escenarios, el primero es que los partidos políticos pueden quedar atados al favorecimiento de los intereses de las empresas o, por otro lado, las propias empresas se podrían convertir en rehenes de las organizaciones políticas para satisfacer sus intereses<sup>15</sup>.

En conclusión, no se puede fijar una línea infranqueable sobre las posiciones en contra o favor de la financiación pública y privada de las organizaciones políticas, pues los argumentos a favor se orientan a fortalecer la igualdad entre los partidos y el fortalecimiento de la democracia, sin embargo, lo que sí debe establecerse de forma clara es la limitación de los aportes y el control sobre los gastos realizados, adicionalmente, es necesario hacer énfasis en la prohibición de las donaciones o aportes de empresas que tengan relación contractual con el Estado para evitar escenarios de corrupción o la concesión de favores a personas naturales o jurídicas.

## De la financiación ilegal

El hecho de que las organizaciones políticas reciban aportes de índole privada o pública para sus gastos ordinarios o electorales puede dar lugar a la configuración de escenarios atractivos para la corrupción. El más habitual consiste en la adjudicación de contratos a cambio de la financiación por parte de los partidos que administran ciertos sectores estatales.

El segundo escenario consiste en el desvío de dinero desde empresas públicas o mixtas controladas por directivos vinculados a los partidos políticos<sup>16</sup>. Lo relevante en estos escenarios delictivos radica en que como otros comportamientos relacionados con la corrupción se debe contemplar un injusto de doble vía, es decir, un injusto en el que existe un corruptor y un corrompido<sup>17</sup>.

## Causas de financiamiento ilegal

Si el objetivo de este trabajo es proponer la tipificación de la financiación ilegal de partidos políticos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, resulta necesario establecer las causas que generan este tipo de conductas.

13 ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Algunas propuestas sobre la financiación de los partidos políticos, en *Cuadernos y Debates*, No. 47, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 28.

14 HOGALDO GONZÁLEZ, María, La financiación de los partidos políticos, en *España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 56.

15 CAPO GIOL, Jordi, Intervención en el debate, en *Cuadernos y Debates*, No. 47, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 96.

16 NIETO GARCÍA, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 100.

17 SÁINZ CANTERO CAPARROS, José Eduardo, Consideraciones sobre los delitos de financiación de los partidos políticos, en *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016, p. 1380.

Una de las causas más importantes concierne al elevado gasto de los partidos políticos como consecuencia de las continuas campañas electorales, las que conducen a realizar gastos ordinarios y electorales que requieren enormes cantidades de dinero, esto conlleva a que los partidos políticos se endeuden con sus aportantes y consecuentemente, que sus actuaciones sean condicionadas<sup>18</sup>.

Los partidos políticos con el objetivo de obtener la mayor cantidad de votos incurrir en costosos gastos que generan las campañas electorales que muchas veces no pueden ser afrontados de forma directa por las organizaciones, con lo que se configura el endeudamiento y el riesgo de corrupción.

Por estos motivos es necesario que se limiten los gastos electorales con medidas como el acortamiento de las campañas, la apertura de medios de comunicación gratuitos para la difusión de información o propuestas, y otras más que disminuyan la necesidad de inyección de dinero de los partidos<sup>19</sup>.

Otra de las causas para que se genere la financiación ilegal de partidos políticos consiste en los problemas de control y fiscalización que existen sobre los aportes que ingresan a las cuentas de las organizaciones. Por ello, dentro de este contexto existe una aclaración sobre el concepto de transparencia ya que esta implica que existan mecanismos de información pública que permita a la población en general acceder a los gastos de los partidos políticos<sup>20</sup>.

El concepto de transparencia no debe ser considerado como un simple acceso a la información debido a que muchas veces las élites buscan la opacidad por la abundancia y compleja información que exponen al público, por lo que, la transparencia implica que la sociedad en general pueda acceder a los datos y que su exposición sea inteligible y de fácil comprensión<sup>21</sup>.

Por estos motivos, es importante que el público no solo tenga acceso a los datos expuestos por los partidos políticos, sino que pueda entender fundamentalmente los aportes que ingresan y los gastos que la organización genera.

Lo señalado anteriormente también va aparejado a la financiación irregular que reciben los partidos políticos por parte de personas jurídicas que por sus donaciones tienen como objetivo ulterior el favorecimiento en ámbitos políticos o económicos.

Ahora, si estos comportamientos se concatenan con la actividad administrativa de los militantes de los partidos que llegan a órganos de gobierno, puede generarse un espacio para la financiación irregular y la corrupción, principalmente, en el ámbito de la contratación pública<sup>22</sup>.

El contrato público consiste en un acuerdo de voluntades entre la administración y un particular como persona natural o persona jurídica<sup>23</sup>. Estos procesos de contratación pública tienen algunas deficiencias que pueden ser aprovechadas para la realización de conductas corruptas. Uno de los supuestos delictivos más frecuentes en esta esfera es el cobro de comisiones a cambio de la adjudicación de contratos para favorecer al donante de origen que aportó a una determinada organización política.

18 GARCÍA ESCUDERO, Piedad y PENDÁS GARCÍA, Benigno, Consideraciones sobre la naturaleza y financiación de los partidos políticos, en *Revista de Administración Pública*, No. 115, Madrid, 1998, p. 384.

19 RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ángel, La financiación de la actividad ordinaria de los partidos políticos en la legislación española, en *Actualidad Administrativa*, Wolters Kluwer España, Navarra, 2012-2021, p. 4.

20 OLAIZOLA NOGALES, Inés, *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, op., cit, p. 107.

21 ARANDA ÁLVAREZ, Elviro, Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno, en *Cuadernos Giménez Abad*, Madrid, 2013, p. 233.

22 MAROTO CALATAYUD, Manuel, *Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal*, Tesis Doctoral, Ciudad Real Toledo, 2012, p. 275.

23 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ TOMÁS, Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, Pamplona, 2011, p. 692.

De estas prácticas corruptas se pueden enunciar las más comunes, por ejemplo, la creación por parte de la administración de necesidades inexistentes de bienes o servicios que además se la crea con el conocimiento de que existirá un pago de una comisión fraudulenta a la persona jurídica o natural que, en origen aporato a la organización política que tiene a uno de sus militantes en un puesto de gobernanza<sup>24</sup>.

Otra de las formas de corrupción en los procesos de contratación pública consiste en el direccionamiento previo en la adjudicación de contratos, es decir, la creación de requisitos específicos o muy puntuales que pueden cumplir únicamente las empresas que aportaron en su momento a un partido político<sup>25</sup>.

Consecuentemente, la adjudicación de los contratos se encuentra predeterminados a las empresas que cumplen esos requisitos sumamente limitados y que fueron aportantes a la organización política en su momento, con lo que se afecta de forma directa a la igualdad de competencia entre diferentes oferentes en un proceso de contratación pública.

Finalmente, otra de las prácticas comunes que aúpan la corrupción es la modificación de los contratos una vez que ya están adjudicados. La práctica consiste en que, en el proceso de contratación, específicamente en la etapa precontractual, una persona jurídica se presenta con una oferta muy baja en comparación con el monto de los otros oferentes.

Consecuentemente, la administración por el bajo monto de la oferta, adjudica el contrato a la empresa proponente, sin embargo, una vez que el contrato se encuentra adjudicado, durante el periodo de ejecución se introducen modificados que aumentan y multiplican el precio final del contrato.

Estas prácticas que tienen como objetivo la vulneración de principios que rigen el adecuado desarrollo de los procesos de contratación se producen debido a la discrecionalidad por parte de la administración, consecuentemente, la implementación de normas legales en este ámbito, deben tener dos propósitos directos, el primero relacionado con la publicidad y la rigurosidad en los procesos de contratación pública; y, la imposibilidad de obtener favores políticos por parte de las personas naturales o jurídicas que financien a organizaciones políticas.

## Respuesta del ámbito jurídico frente a estas conductas corruptas

Desde un punto de vista pragmático, las conductas mencionadas en líneas anteriores se han convertido en la conexión entre los partidos políticos y los poderes empresariales para la configuración de prácticas corruptas, esto si se amalgama con el gasto elevado o la escasez de recursos propios de los partidos y el interés de los poderes económicos en tener influencia en las decisiones dentro de la administración, convierte a este espacio en un terreno frágil y sensible para las prácticas corruptas<sup>26</sup>.

Esta no es una afirmación que se la realiza en abstracto o por análisis meramente subjetivos o populistas, sino por casos emblemáticos reflejados en la historia de la democracia<sup>27</sup>. Al

24 CASTRO CUENCA, Carlos, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009, p. 59.

25 MALEM SEÑA, Jorge, *La corrupción: aspectos éticos, económicos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 71.

26 MUÑOZ TORRALBO, Bartolomé, *Financiación de los partidos políticos y corrupción. Una visión histórica – jurídica (1931 – 2015)*, op. cit., p. 560.

27 En España existen dos casos relevantes que evidenciaron la necesidad de la tipificación del delito de la financiación ilegal de partidos políticos, por un lado está la denominada Operación Malaya que surgió debido a que entre los 2006 y 2007 se descubre actos de corrupción y lavado de dinero a nivel municipal con negocios inmobiliarios, por lo que se evidencio favorecimientos por parte de las personas que formaban parte de la administración que pertenecían a diferentes organizaciones políticas que fueron financiadas por ciertos sectores económicos con anterioridad; véase en Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Segunda de lo Penal No. 508/2015, de 27 de julio de 2015; en el mismo contexto, el Caso

analizar estos casos, así como muchos otros sobre el sistema de financiación y su relación con la corrupción se denota que la regulación actual es ineficaz e incumplida por los personajes y sectores de poder que envuelven este ámbito.

Uno de los problemas repetidos que resaltan en los casos de corruptela relacionados con la financiación ilegal de los partidos políticos es la atipicidad de esta conducta, consecuentemente, uno de los principales argumentos que impulsan la necesidad de la tipificación de este delito es la impunidad con la que se enfrenta la administración de justicia al momento de procesar o sancionar estos hechos<sup>28</sup>.

Bajo esta premisa se debe aceptar que este es un problema latente dentro de las democracias, pero ya en un sentido estricto de carácter jurídico es necesario considerar que este tipo de conductas afectan de forma grave un bien jurídico independiente que requiere protección desde el ámbito penal.

### Sobre el bien jurídico

Al momento de analizar cualquier tipo penal es indispensable el bien jurídico que podría verse afectado por una conducta típica debido a que, la descripción de la conducta delictiva tiene que guardar coherencia con el bien jurídico que se pretende proteger con la norma a través de sus mandatos o prohibiciones, consecuentemente, una vez que se ve configurada la conducta típica se afectará el bien jurídico y en sentido contrario, siempre que se afecte un bien jurídico debe configurarse la conducta típica<sup>29</sup>.

A la propuesta de introducir una tipificación de la financiación ilegal de partidos políticos, aparece la indefinición sobre el bien jurídico que sería vulnerado por esta conducta debido a la estrecha relación que tiene con delitos de cohecho, prevaricación, peculado o tráfico de influencias, a pesar de que se establece en un sentido general que el bien jurídico protegido se asocia con las funciones constitucionales que tienen las organizaciones políticas en el ámbito democrático de un Estado<sup>30</sup>.

Pese a que esta última afirmación, es necesario realizar un análisis sobre las diversas posiciones que son planteadas por diversos autores sobre esta nueva conducta típica y su espectro de protección jurídico penal<sup>31</sup>. Así, una de las posturas considera que este delito debe estar asociado a una esfera de vulneración de la Administración Pública debido al peligro que se genera por el vínculo de las personas que, al ganar las elecciones ostentan poder público para tomar decisiones que estarían ligadas o condicionadas a una previa financiación del partido político<sup>32</sup>.

---

Gürtel - Bárcenas reveló un gran caso de corrupción entre el Partido Popular y varios de los municipios madrileños o de la Comunidad de Castilla y León ya que tras el procesamiento se pudo determinar como hechos probados que Francisco Correo propietario de varias empresas recibían tratos preferentes en los procesos de contratación por parte de funcionarios públicos vinculados con el Partido Popular que consistía en la adjudicación de contratos a los que después se inflaban sus precios para beneficios de las empresas vinculadas a Correa o de terceros, adicionalmente, estas comisiones que recibían las autoridades del Partido Popular no solo se reflejaban en dinero en efectivo, sino también en pagos de viajes, fiestas y la financiación de campañas del partido político mencionado; véase en Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Primera de lo Penal No. 3191/2020 de 14 de octubre de 2020.

28 MENDILOW, Jonathan, Corrupción y financiación electoral: Una perspectiva Burkeana, en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, No. 2, Madrid, 2012, p. 12.

29 MORENO TORRES, María Rosa, *Lecciones de derecho penal. Parte General*, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 31.

30 PUENTE ABA, Luz María, *El delito de financiación ilegal de Partidos Políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 59.

31 GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA CORRAL, Joan, *Responsabilidad jurídica y política de los partidos en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 328.

32 DE LA MATA BARRANCO, Norberto, La lucha contra la corrupción política, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y*

Como segunda postura se establece que el delito de financiación ilegal de partidos políticos lesionaría el bien jurídico de carácter patrimonial. Esta posición se debe a que se lo asocia con el enriquecimiento ilícito; pero, sobre todo, debido a la ubicación sistémica que tiene este tipo penal en ciertos ordenamientos jurídicos en los que en la parte especial de los cuerpos normativos se lo coloca en los delitos de carácter patrimonial, de orden socioeconómico o contra el régimen tributario<sup>33</sup>.

Sin embargo, frente a esta posibilidad, un gran sector de la doctrina considera que no es adecuado asociar al delito de financiación ilegal de partidos políticos con la lesión a un bien jurídico patrimonial, debido a que, esta conducta no contiene como elemento dentro de la tipicidad objetiva el enriquecimiento personal o la acusación de perjuicios patrimoniales como sí se exige en aquellos tipos penales de índole económico<sup>34</sup>.

Una tercera posición sostiene que en esta conducta delictual el bien jurídico protegido es la competencia leal o la igualdad de oportunidades en materia de financiación ligada a las organizaciones políticas, es decir, se plantea que la financiación ilegal de partidos políticos configuraría un tipo penal relacionado con la competencia desleal debido a que una organización podría obtener de forma ilícita una ventaja económica, que la situaría en una mejor posición en comparación con los demás partidos<sup>35</sup>.

Se debe tomar en cuenta que este argumento pierde consistencia al analizar presupuestos fácticos ilícitos que no tienen ninguna relación con la financiación ilegal pero que afectan de forma directa la competencia leal entre organizaciones, así se puede ejemplificar el caso en el que un partido de forma ilegal accede a un sistema informático y obtiene información comprometedor y difunde esa información contra sus adversarios<sup>36</sup>.

Se puede concluir entonces que el bien jurídico tratado se muestra insuficiente sobre el ámbito de protección para conductas delictuales que no tienen conexión con un sistema de financiación.

Por último, la doctrina mayoritaria confluye en que la conservación del orden constitucional es el bien jurídico protegido en esta clase de conducta delictual. Esta postura se plantea debido al alto nivel de peligrosidad que implica la financiación ilegal de los partidos políticos debido a la injerencia que estos tienen en el desarrollo de un Estado y su institucionalidad<sup>37</sup>.

Se llega a este razonamiento porque las organizaciones políticas de un país denotan el pluralismo político, contribuyen a la manifestación de la voluntad popular y a la participación política, y, por estos motivos su estructura, funcionamiento y financiación deben ser democráticos, consecuentemente, los objetivos de los tipos penales que tipifican una conducta ilegal de financiamiento es proteger el correcto funcionamiento de los partidos dentro de un sistema democrático como elementos esenciales de la participación política<sup>38</sup>.

En el presente trabajo, al tomar postura sobre esta discusión doctrinaria, se concluye que debido a los ámbitos de injerencia y trascendencia que tienen los partidos políticos en un

---

*Criminología*, No. 18 – 01, Universidad de Granada, Granada, 2016, p. 21.

33 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 23va Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p 535.

34 BUSTOS RUBIO, Miguel, El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, en *Revista penal*, No. 37, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 7, en el mismo sentido, NAVARRO CARDOSO, Fernando, Corrupción, transparencia y derecho penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública, en *Cuadernos de política criminal*, No. 114, Dykinson, Madrid, 2014, p. 105.

35 LEÓN ALAPONT, José, El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de estos como personas jurídicas, op. cit., p. 14.

36 *Ibidem*, p. 10.

37 BUSTOS RUBIO, Miguel, El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, en *Revista penal*, op. cit., p. 7.

38 CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1358.

Estado, el bien jurídico protegido con la tipificación de estos delitos es la conservación del orden constitucional para resguardar el adecuado funcionamiento del orden democrático.

También se debe establecer que el incorrecto funcionamiento de los partidos políticos y sus representantes que forman parte de las instituciones estatales, pueden incidir de forma inadecuada en las decisiones de la Administración Pública, consecuentemente, otro bien jurídico que requiere de protección penal frente a las conductas de financiación ilegal es el adecuado funcionamiento de la administración pública.

## **Tipificación y sanción independiente del delito de financiación ilegal de los partidos políticos**

En líneas anteriores se expuso las formas de financiación que tienen los partidos políticos para evidenciar que pueden ser receptores de grandes sumas de dinero privado o público, pero esto genera muchas veces espacios para que se realicen prácticas corruptas debido al beneficio que se quiera obtener desde esferas políticas o económicas.

En consecuencia, como se expuso, estas actividades en las que están inmersas las propias organizaciones políticas y sus financiadores generan una lesividad directa al correcto orden constitucional de un Estado de Derecho y a la eficiencia de la Administración Pública.

Por estos motivos, cada día existe un mayor número de voces autorizadas que impulsan la tipificación autónoma de este delito<sup>39</sup>, y muestra de ello es que en varios ordenamientos jurídicos ya existe esta tipificación. Esta realidad responde a desarrollos doctrinales que sostienen varios aspectos, entre ellos las posibles lagunas de punibilidad que no son cubiertas por los tipos penales tradicionales contra la administración pública, el sistema financiero o de carácter patrimonial; y, la existencia de uno o varios bienes jurídicos autónomos<sup>40</sup>.

Para dar contenido a la propuesta de tipificación de la financiación ilegal de partidos políticos, es necesario centrarse en la existencia de determinados bienes jurídicos lesionados o puestos en riesgo por esta conducta. En este sentido cabe analizar que este tipo de injusto afectaría a la igualdad de oportunidades entre partidos políticos con lo se quebrantaría los procesos democráticos<sup>41</sup>.

Se sostiene esta posición porque se considera que los partidos políticos se constituyen como unas organizaciones necesarias, cuyo objetivo es que los ciudadanos ejerzan su participación en la vida política y con ello transmitir las necesidades sociales a través de los representantes políticos, por ello, no es suficiente que exista conductas delictuales relacionadas con el ámbito financiero para que se proponga la tipificación autónoma de la financiación ilegal, sino que además deberá lesionarse la representación de la voluntad popular.

## **Proyección de conductas penales sancionables en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador**

Tras el desarrollo del presente trabajo, es necesario identificar las conductas penalmente relevantes que deberían ser consideradas para tipificarse como delito en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ya que, en la actualidad, no existen tipos penales dentro del COIP que

39 ROMERO FLORES, Beatriz, *Partidos políticos y responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 185.

40 ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán, *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad Catilla – La Mancha, Cuenca 2006, p. 123.

41 GUTIERREZ RUBÍ, Antoni, *Combatir la corrupción, recuperar la política*, en *Temas para el debate*, No. 223, Universidad de la Rioja, La Rioja, 2013, p. 46.

abarquen la punición de los bienes jurídicos lesionados por la financiación ilegal de partidos políticos.

### Financiación ilegal pasiva

Una de las conductas propuestas para que sea sancionada penalmente consiste en la financiación ilegal pasiva, es decir, recibir donaciones que tendrían una finalidad ilegal o que superen los límites permitidos por la regulación electoral establecida en LOECD, aspecto desarrollado en el numeral dos de la presente investigación. En consecuencia, se trata entonces de sancionar la conducta de recibir aportaciones o donaciones a los partidos políticos que salen de la esfera de la legalidad.

La primera consiste en aquellas donaciones que son otorgadas con el objetivo ulterior de obtener un beneficio cuestionable de carácter económico o político; por otro lado, también se pueden considerar aquellas donaciones que superan la cuantía permitida por la Ley, por último y no menos importante están las donaciones anónimas<sup>42</sup>.

El punto neurálgico en la tipificación de esta conducta está en la manera de interpretar al verbo “recibir” como parte integrante del tipo debido a su gran amplitud e imprecisión, sin embargo, se propone que este verbo consista en llegar a tener la disponibilidad material de los bienes entregados para que se pueda disponer de forma concreta de las donaciones<sup>43</sup>.

Con esta forma de interpretación del verbo, se limita el ámbito de acción del Derecho penal al no equipararse el verbo de recibir a los verbos de solicitar o aceptar ya que serían conductas que no configurarían la ejecución del delito, pero esto no significa que deberían tratarse como conductas impunes por vacíos de punición, sino que debería ser analizadas como formas de comienzo de ejecución del delito, es decir, como presupuestos de tentativa<sup>44</sup>.

En la proyección de la tipificación de esta conducta, la doctrina mayoritaria confluye en que se configura un delito especial propio<sup>45</sup>, es decir, exige una condición especial o una cualificación al sujeto activo, por ende, no cualquier persona no podría realizar la conducta típica, sino solo aquellos que tienen una relación, cualidad o característica con la organización política que tenga la capacidad jurídica para proceder con la recepción de la donación a nombre de la organización política<sup>46</sup>.

Una observación que se debe plantear es que los sujetos que no forman parte de la organización política o los sujetos que actúan como intermediarios no pueden realizar la conducta típica de recibir, pues no podría incorporar de forma directa la aportación para que se cumpla con la disposición efectiva del partido y debería ser considerado dentro de alguna de las formas de participación, consecuentemente, reiteramos que para ser autor de esta conducta típica es necesario el cumplimiento de la cualificación.

42 NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, en *Revista Penal*, No. 39, Tirant Online, Valencia, 2017, p. 12; en el mismo sentido, se expone que se trata de regular las donaciones que influyen de manera lesiva en las funciones que los partidos políticos tienen encomendadas, véase en, SÁINZ CANTERO CAPARROS, José Eduardo, Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, en *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 670.

43 MUÑOZ CUESTA, Javier, Delitos de financiación ilegal de partidos políticos, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, No. 5, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 3.

44 NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, op. cit., p. 13.

45 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de derecho penal. Parte General*, 3ra Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 156.

46 ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José, *Compendio de derecho penal. Parte General*, 8va Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 286.

La financiación ilegal pasiva debe considerarse como un delito de resultado<sup>47</sup>, esta afirmación se da ya que la acción de recibir la donación tiene una separación en espacio y tiempo de la lesión al objeto material de protección bien jurídico, entonces, el resultado se provoca con la incorporación de la donación a la disposición del partido político, en consecuencia, ese resultado debe provenir directamente de la acción del sujeto<sup>48</sup>.

### Financiación ilegal activa

Esta propuesta de tipificación consiste en sancionar a las personas que por realizar una financiación ilegal a un partido político se captura el proceder de la organización y de sus integrantes.

La doctrina considera que la entrega de donaciones por parte de sujetos que no pertenecen a la organización política, se configura como el otro espacio de la conducta delictiva que debe ser sancionada por el Derecho penal. Esta conducta radicaría en el momento previo del desplazamiento de dinero, bienes o beneficios económicos a otra persona que los destina a un partido político<sup>49</sup>, esto implica destinar las donaciones a las organizaciones políticas de forma física o con el traspaso de bienes inmuebles saneados para su absoluta disposición<sup>50</sup>.

Se debe aclarar que, en esta clase de financiación, así como sucede en la financiación ilegal pasiva, el ofrecimiento de la donación o el acuerdo con el partido político de la entrega del bien o aportación no serían modalidades para la ejecución del tipo penal, sin embargo, esto no quiere decir que este presupuesto delictivo quedaría en la impunidad, sino que debería ser tratado como una forma de tentativa del tipo penal propuesto.

En relación del sujeto activo se plantea que este tipo penal se configura como un delito común<sup>51</sup>, es decir, de acuerdo a la tipicidad de esta conducta se sanciona a los donantes o a quienes ejecutan la voluntad de éstos, ya que no se condiciona la realización de la conducta a ninguna cualificación o requisito del sujeto activo.

En consecuencia, cualquier persona podría realizar la conducta de entrega de la donación o el aporte a la organización política, lo que no sucede con la conducta de financiación ilegal pasiva en la que sí se exige que el sujeto activo tenga una relación específica o cualificación con el partido<sup>52</sup>.

Respecto de la relación de causalidad como parte del tipo objetivo sucede lo mismo que con la financiación ilegal pasiva, pues, esta conducta se configura como un delito de resultado de lesión, es decir, la acción de entregar la donación o el aporte está separada de la lesión del objeto material de la conducta. Además, es evidente en este supuesto que el riesgo jurídicamente desaprobado creado por la entrega de la donación ilegal se concreta en el resultado, sin que concurra otro elemento de peligrosidad ajeno a la conducta<sup>53</sup>.

47 En los delitos de resultado debe mediar una relación de causalidad entre la conducta y el resultado, es decir, que se permita desde el ámbito objetivo vincular el resultado al autor de la conducta, véase en, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2006, p. 346.

48 ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Derecho penal. Parte General*, 5ta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 113.

49 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *La reforma del Código Penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Madrid, 2015, p. 263.

50 PÉREZ RIVAS, Natalia, *El delito de financiación ilegal de partidos políticos, en Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el derecho penal y el derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.117.

51 PUENTE ABA, Luz María, *Financiación ilegal de partidos políticos, en Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2da Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 954.

52 ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 105.

53 MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos. Análisis de los arts. 304 bis y 304 ter CP y una propuesta de reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 105.

## Una propuesta de sanción penal a los partidos políticos como personas jurídicas

La delincuencia empresarial es un fenómeno sumamente visible en la actualidad debido a que las empresas al desempeñar un papel nuclear en las sociedades actuales influyen de manera directa en actividades de carácter económicos<sup>54</sup>, por estos motivos desde el año 2014, el COIP en su artículo 49, bajo un sistema de *numerus clausus* establece la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas dentro del Ecuador<sup>55</sup>, este precepto normativo permitiría la sanción penal a las organizaciones políticas con independencia de las sanciones administrativas o de índole electoral.

En este contexto, la propuesta de responsabilizar penalmente a las organizaciones políticas deviene de varias causas. La primera radica en la importancia constitucional de las atribuciones y funciones que tiene un partido político en el desarrollo democrático de un país, consecuentemente, la necesidad de una protección de carácter penal y un especial control en sus actividades económicas<sup>56</sup>.

Una segunda causa consiste en la financiación ilegal de los partidos políticos por parte de fundaciones propias de la organización política o externas, esto se debe a que en muchas ocasiones esas fundaciones dependen de los propios partidos y para ellas se presenta un régimen de control mucho más laxo en torno al manejo de sus bienes o dinero<sup>57</sup>.

Finalmente, otra de las causas para que la tipificación abarque la responsabilidad de las organizaciones políticas como personas jurídicas, se da debido a que en su financiación ilegal se presentan muchos factores político criminales que pueden generar presupuestos para responsabilidad como las conductas fraudulentas o ilícitas que son realizadas por los administradores o representantes, y la instrumentalización de las personas jurídicas con fines delictivos<sup>58</sup>.

Por estas causas se determina que no existe ningún tipo de problema en considerar a los partidos políticos como responsables desde la esfera penal siempre que se acredite su personería jurídica<sup>59</sup>. Por otro lado, a través de la tipificación de la conducta analizada se plantea la posibilidad de sancionar a la persona jurídica que realice una donación o aportación a un partido político, por lo que en este presupuesto también se abarcaría la sanción a una fundación de un partido político que destine dinero o bienes de forma delictiva<sup>60</sup>.

54 BALLESTEROS SÁNCHEZ, JULIO, *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, p. 30.

55 Código Orgánico Integral Penal. Artículo 49. - En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

56 JAVATO MARTÍN, Antonio María, El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, políticos criminales y de derecho comparado, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, No. 17, Universidad de Granada, Granada, 2022, p. 36.

57 SANTANA VEGA, Dulce María y QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 137.

58 SÁINZ CANTERO CAPARROS, José Eduardo, Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, op. cit., p. 678, en *el mismo sentido*, ECHARRI CASI, Fermín Javier, La financiación ilegal de partidos políticos: uno de los pilares de la corrupción pública, en *Persuadir y Razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018, p. 405.

59 MACÍAS ESPEJO, Belén, Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código Penal, en *Cuadernos de la Política Criminal*, No. 119, Dykinson, Madrid, 2016, p. 151.

60 MUÑOZ CUESTA, Javier, Delitos de financiación ilegal de partidos políticos, op. cit., p. 5.

Ahora bien, dentro del contexto normativo del COIP, para poder responsabilizar penalmente a los partidos políticos como personas jurídicas es necesario que una persona física realice un hecho típico de conexión que por la forma de realizarse conlleve lógicamente el actuar corporativo<sup>61</sup>, entonces es necesario que una persona física realice todos los elementos objetivos del tipo penal - acción, resultado, imputación objetiva- requeridos por las conductas de la financiación ilegal<sup>62</sup>.

## CONCLUSIONES

- Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través de la Ley Orgánica Electoral. Código de la Democracia, establece las formas de financiación legal de los partidos políticos dentro del Ecuador. Entre ellas se plantea la posibilidad de la financiación pública y privada.
- En el sistema ecuatoriano existen prohibiciones expresas de financiación para fomentar la igualdad de competencia entre las organizaciones políticas.
- Existen varias causas para que se realice el financiamiento ilegal de los partidos políticos, entre estas, los gastos elevados que generan las campañas electorales; la falta de control y fiscalización sobre aportes económicos que ingresan a las organizaciones políticas, su uso o el destino de estos recursos; la adjudicación de contratos o beneficios a los otorgantes de la financiación por parte de los integrantes de los partidos políticos que llegan a ocupar cargos dentro de la administración pública.
- Existen algunas posturas sobre el bien jurídico lesionado por la financiación ilegal de partidos políticos, pero la posición mayoritaria confluye en que el bien jurídico afectado es el orden constitucional dentro de un Estado de Derecho.
- Debe tipificarse dentro del sistema penal ecuatoriano la conducta de financiación ilegal pasiva que consiste en la recepción por parte de los sujetos que poseen una relación o que actúan en nombre de la organización política.
- Debe tipificarse dentro del sistema penal ecuatoriano la conducta de financiación ilegal activa que consiste en la entrega de aportaciones o donaciones a los partidos políticos con la finalidad de ejercer control sobre sus integrantes y su poder de decisión.
- Debe tipificarse una sanción de carácter penal a la persona jurídica, esto es a los partidos políticos que incurran en las conductas de financiación ilegal de los partidos políticos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Algunas propuestas sobre la financiación de los partidos políticos, en Cuadernos y Debates, No. 47, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993.
- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro, Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno, en Cuadernos Giménez Abad, Madrid, 2013.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, La Financiación de los Partidos Políticos, Madrid, Ediciones Cínica, 2009.
- ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán, Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, Universidad Catilla – La Mancha, Cuenca 2006.
- BALLESTEROS SÁNCHEZ, JULIO, Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento

61 GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2da Edición, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 78.

62 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especiales consideraciones de la teoría del hecho de conexión, en *Cuadernos de Política Criminal*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 26.

- normativo en la pequeña y la gran empresa, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Lecciones de derecho penal. Fundamentos del sistema pena, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena, Volumen I, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- BUSTOS RUBIO, Miguel, El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, en Revista penal, No. 37, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio, Tratado de Derecho Penal Económico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CAPO GIOL, Jordi, Intervención en el debate, en Cuadernos y Debates, No. 47, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- CASTRO CUENCA, Carlos, La corrupción en la contratación pública en Europa, Ratio Legis, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, La lucha contra la corrupción política, en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología, No. 18 – 01, Universidad de Granada, Granada, 2016.
- DEL CASTILLO VERA, María Pilar, La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1985.
- ECHARRI CASI, Fermín Javier, La financiación ilegal de partidos políticos: uno de los pilares de la corrupción pública, en Persuadir y Razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín, Tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2018.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, Derecho penal. Parte General, 5ta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA CORRAL, Joan, Responsabilidad jurídica y política de los partidos en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GARCÍA ESCUDERO, Piedad y PENDÁS GARCÍA, Benigno, Consideraciones sobre la naturaleza y financiación de los partidos políticos, en Revista de Administración Pública, No. 115, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ TOMÁS, Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, Pamplona, 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2da Edición, Aranzadi, Navarra, 2015.
- GUTIERREZ RUBÍ, Antoni, Combatir la corrupción, recuperar la política, en Temas para el debate, No. 223, Universidad de la Rioja, La Rioja, 2013.
- HOGALDO GONZÁLEZ, María, La financiación de los partidos políticos, en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- JAVATO MARTÍN, Antonio María, El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, políticos criminales y de derecho comparado, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 17, Universidad de Granada, Granada, 2022.
- JESCHECK, Hans, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Editorial Comares, Granada, 2002.
- LEÓN ALAPONT, José, El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de estos como personas jurídicas, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2018.
- o La responsabilidad penal de los partidos políticos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Lecciones de derecho penal. Parte General, 3ra Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MACÍAS ESPEJO, Belén, Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código Penal, en Cuadernos de la Política Criminal, No. 119, Dykinson, Madrid, 2016.
- MALEM SEÑA, Jorge, La corrupción: aspectos éticos, económicos y jurídicos, Gedisa, Barcelona, 2002.
- MAROTO CALATAYUD, Manuel, Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal, Tesis Doctoral, Ciudad Real Toledo, 2012.

- o La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político- criminal, Madrid, 2015.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, La reforma del Código Penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, La Ley, Madrid, 2015.
- MENDILOW, Jonathan, Corrupción y financiación electoral: Una perspectiva Burkeana, en Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad, No. 2, Madrid, 2012.
- MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel, Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos. Análisis de los arts. 304 bis y 304 ter CP y una propuesta de reforma, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.
- MORENO TORRES, María Rosa, Lecciones de derecho penal. Parte General, Quinta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte especial, 23va Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MUÑOZ CUESTA, Javier, Delitos de financiación ilegal de partidos políticos, en Revista Aranzadi Doctrinal, No. 5, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, Corrupción, transparencia y derecho penal. Especial referencia al derecho de acceso a la información pública, en Cuadernos de política criminal, No. 114, Dykinson, Madrid, 2014.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, Corrupción en la España democrática, Ariel, Barcelona, 1997.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, en Revista Penal, No. 39, Tirant Online, Valencia, 2017.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José, Compendio de derecho penal. Parte General, 8va Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PANCHANO, Simón, Financiamiento de los partidos políticos en Ecuador, en Financiamiento de los partidos políticos en América Latina, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Ciudad de México, 2011.
- PÉREZ RIVAS, Natalia, El delito de financiación ilegal de partidos políticos, en Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el derecho penal y el derecho constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PUENTE ABA, Luz María, El delito de financiación ilegal de Partidos Políticos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- o Financiación ilegal de partidos políticos, en Comentario a la Reforma del Código Penal de 2015, 2da Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ángel, La financiación de la actividad ordinaria de los partidos políticos en la legislación española, en Actualidad Administrativa, Wolters Kluwer España, Navarra, 2012-2021.
- ROMERO FLORES, Beatriz, Partidos políticos y responsabilidad penal, Atelier, Barcelona, 2005.
- ROXIN, Claus, Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Tomo I, Civitas, Madrid, 2006.
- o Dogmática Penal y Política Criminal, Idemsa, Lima, 1998.
- SÁNZ CANTERO CAPARROS, José Eduardo, Consideraciones sobre los delitos de financiación de los partidos políticos, en Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2016.
- o Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos, en Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), Dykinson, Madrid, 2021.
- SANTANA VEGA, Dulce María y QUERALT JIMÉNEZ, Joan, Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SUÁREZ ROBLEDANO, José, Algunas consideraciones sobre la financiación ilegal de los partidos políticos en Revista Española de Control Externo, No. 65, Tribunal de Cuentas, Madrid, 2020.
- TORRALBO MUÑOZ, Bartolomé, Financiación de los partidos políticos y corrupción. Una visión

- histórico jurídica (1931 – 2015) en Anuario de historia del derecho penal, No. 91, Madrid, 2021.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especiales consideraciones de la teoría del hecho de conexión, en Cuadernos de Política Criminal, Dykinson, Madrid, 2017.
- ZUÑIGA Rodríguez, Laura, Nociones de Política Criminal, Ciencias de la Seguridad Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009.

## **REFERENCIAS DE CUERPOS NORMATIVOS**

- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley Orgánica Electoral. Código de la Democracia.

## **REFERENCIAS INSTITUCIONALES**

- El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC).

## **REFERENCIAS JURISDICCIONALES**

- Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Caso No. 17721-2019-0029G.
- Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Segunda de lo Penal No. 508/2015, de 27 de julio de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Primera de lo Penal No. 3191/2020 de 14 de octubre de 2020

# DERECHO PENAL CENTRAL



## Tipos penales para conductas que vulneran la integridad sexual, a través del mal uso de inteligencia artificial en Ecuador

### Crimes against conducts that violate sexual integrity, through the misuse of artificial intelligence, in Ecuador

ESTEFANY ALVEAR TOBAR

iD Universidad Internacional SEK (Ecuador)

NICOLE ENRÍQUEZ ESPINOZA

iD Investigadora independiente (Ecuador)

#### RESUMEN

El presente artículo analiza la falta de determinación de un tipo penal para las conductas que vulneren directamente a la integridad sexual, cuyo medio de ejecución es el uso de Inteligencia Artificial, específicamente en el caso de deepfakes. Este vacío normativo resalta la inexistencia de una conducta que sea penalmente sancionada, y, además, se mencionan dos términos que no se hayan regulados en ningún sentido dentro de la legislación nacional, esto es primero, la Inteligencia Artificial, una herramienta tecnológica nueva que permite realizar varias acciones y obtener resultados en base a un algoritmo y segundo, los deepfakes, que son aquellos contenidos falsos que crean una desinformación. En base a la investigación de delitos informáticos y delitos contra la integridad sexual, se recomienda una reforma al Código Orgánico Integral Penal que respete el principio de legalidad y la integridad sexual principalmente.

**PALABRAS CLAVE:** Deepfake sexual, Inteligencia Artificial, Delitos informáticos, Delitos contra la Integridad Sexual, Integridad Sexual .

#### ABSTRACT

This research analyzes the lack of determination of a criminal offense for behaviors that directly violate sexual integrity, whose means of execution is the use of Artificial Intelligence in the case of deepfakes. This normative vacuum highlights the inexistence of a behavior that is criminally sanctioned, and, in addition, two terms are mentioned that have not been regulated in any sense within the national legislation, that is, first, Artificial Intelligence, a new technological tool that allows performing several actions and obtaining results based on an algorithm and second, deepfakes, which are those false contents that create disinformation. Based on the investigation of cybercrimes and crimes against sexual integrity, it is proposed a reform to the Organic Integral Penal Code that respects the principle of legality and sexual integrity mainly.

**KEY WORDS:** Sexual Deepfake, Artificial Intelligence, Cybercrime, Crimes against Sexual Integrity, Sexual Integrity.



Recibido: 12/11/2024  
Aceptado: 21/12/2024

## INTRODUCCIÓN

Este artículo explora y analiza la falta de determinación de un tipo penal que vulnere directamente el bien jurídico de integridad sexual, cuyo medio de ejecución es el uso de Inteligencia Artificial, por lo que se entiende que el problema jurídico se encuadra en un vacío normativo en la legislación actual.

Los deepfakes sexuales, exhiben a personas desnudas o semidesnudas en actos o posturas sexuales, sin embargo, la característica de esta multimedia es que son elaborados con Inteligencia Artificial y pueden llegar a parecer verdaderos, no obstante, si estos videos utilizan la identidad de una persona, se le estaría vulnerando su derecho a la integridad sexual siempre y cuando de manera arbitraria y no consentida se de uso de estos datos, en actitudes sexuales, pretendiendo ser contenido real.

Es por ello que, el incremento de la presencia de la Inteligencia Artificial en el entorno y su mal uso, da lugar a que cualquier sujeto sea víctima de encontrarse en un video sexual creado o alterado con esta herramienta tecnológica; en este sentido, este contenido falso vulnera directa y principalmente al derecho a la integridad sexual. El dilema entonces recae sobre la existencia de esta multimedia falsa, pero a su vez, sobre la publicación y difusión en internet, sin responsabilizar al creador.

## DELITOS INFORMÁTICOS

### Doctrina

Acurio del Pino, señala que los delitos informáticos no solo se enfocan en una actividad o ámbito específico, por el contrario, al utilizar la tecnología tienen un carácter multidisciplinario. Los delitos informáticos, derivan del mal uso de los aparatos tecnológicos que tienen la finalidad de proveer de manera ágil y eficaz información para el ser humano, así como también de mantener en contacto entre ellos. En razón de lo antes manifestado, el derecho penal ha determinado que hay ciertas conductas que deben ser sancionadas en virtud de los abusos de los sistemas informáticos, ya que a raíz de estos es posible extraer información, manipularla, ocultarla, entre otros, afectando a los derechos de terceros<sup>2</sup>.

Para Fernández Bermejo los delitos informáticos son los “cometidos a través de las nuevas tecnologías (...) es un concepto que manejamos socialmente para referirnos a un conjunto de conductas que vulneran los derechos de terceros y se producen en un escenario o medio tecnológico”, así mismo señala que “se caracterizan por el uso de redes de transmisión de datos y por su relación con los sistemas informáticos, y, que pueden afectar a bienes jurídicos diversos de naturaleza individual o supraindividual (son delitos pluriofensivos en los hay que tener siempre presente los nuevos intereses derivados de la sociedad global de la información, como son la información en sí misma, los datos informáticos y, la fiabilidad y seguridad colectiva en los medios y sistemas de tratamiento y transferencia de la información”<sup>3</sup>.

Velasco Núñez tiene otro enfoque y para este autor los delitos informáticos suponen dos definiciones, la primera, “los delitos contra la informática, en que se atacan los datos o sis-

2 Acurio del Pino, Santiago, Delitos Informáticos: Generalidades (Organización de los Estados Americanos, 2010), [https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb\\_ecu\\_delitos\\_inform.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf).

3 Fernández Bermejo, D., & Martínez Atienza, G. (2020). *Ciberdelitos*. Barcelona: Ediciones Experiencia.

temas informáticos o las vías telemáticas de comunicación, especialmente a través de Internet” y la segunda, “los delitos tradicionales que ahora se cometen a través de ordenador o Internet”. Adicionalmente, evoca la idea que los delitos tecnológicos implican también a aquellas conductas que se realizan con el uso de nuevas tecnologías como lo es la Inteligencia Artificial<sup>4</sup>.

Por tanto, se puede comprender a los delitos informáticos, como las conductas sancionadas por el derecho penal que atacan los sistemas y datos, así como de aquellas que se realizan con el empleo de la tecnología y sus sistemas. Estas acciones generalmente alcanzan a vulnerar más de un derecho y bien jurídico, es por ello que Fernández caracteriza a los delitos informáticos como pluriofensivos, razón por la cual, en la actualidad, existen tipos penales que, a pesar de ser de diferentes naturalezas, por el mero uso de la tecnología, se vuelven también en delitos informáticos.

## Jurisprudencia

La Corte Constitucional, ha desarrollado jurisprudencia sobre los datos personales y su alcance dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La sentencia No. 2064-14-EP/21 y la sentencia No. 1868-13-EP/20, establecen que un dato personal, es aquella información en cualquier formato (materializado, o no, en formato físico o digital) sobre una persona y que este dato vuelve identificable al sujeto, por ejemplo, una fotografía del rostro una persona, constituye un dato personal<sup>5</sup>.

Sobre cuando se vulnera el derecho a los datos personales, la Corte en la sentencia No. 2064-14-EP/21, apunta a que siendo el acceso a la información una acción que podría ocasionar un daño, no amerita un efecto jurídico si el daño no se produce dentro de una esfera doméstica o personal. Por tanto, para determinar un daño por el uso de datos personales, cabe analizar el tipo de información, el contexto en el que se dio el acceso, el uso otorgado al dato personal y su potencial abuso. En el caso de publicación o difusión del dato personal, la vulneración se determina a partir de un análisis del consentimiento del titular de la información, esto es que “la autorización que otorga el titular de un dato personal, en el marco de la libertad de contratación, jamás puede entenderse como una renuncia al derecho fundamental”<sup>6</sup>.

## Bloque Constitucional

El establecer ciertas conductas relacionadas a la tecnología como delitos y otorgarles el nombre de delitos informáticos, se deriva de una protección normativa que debe existir, expresados como derechos y garantías. De la Constitución del Ecuador, podemos mencionar el principal articulado que hace mención a los datos personales e información:

Artículo 66, numeral 19:

“El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente pro-

4 Velasco Núñez, Eduardo. *Delitos tecnológicos. Cuestiones penales y procesales*. Madrid: Wolters Kluwer, 2021. <https://elibro.net/es/ereader/uisekecuador/180285?page=24>.

5 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2064-14-EP/21, 2021.

6 Íbidem

tección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley”<sup>7</sup>.

Sobre el mismo, es posible inferir que hace referencia a que existe un amparo sobre los datos e información personal, de modo que la persona titular de estos es la única quien puede decidir que podrá ser difundido y expuesto. En relación a los delitos informáticos, se habla del bien jurídico protegido de manera general, independientemente del tipo de delito informático que se esté tratando.

## Leyes Orgánicas

En relación al derecho de a la protección de datos, en la legislación ecuatoriana se ha desarrollado la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, misma que conforme lo establece su artículo primero, tiene la finalidad de garantizar el ejercicio del derecho antes citado, sobre los delitos informáticos, y señala que el dato personal es aquel “que identifica o hace identificable a una persona natural, directa o indirectamente” lo que se encuentra vinculado con el obligación del Estado de proteger la imagen y voz de una persona, en virtud del artículo 66, numeral 18 de la Constitución<sup>8</sup>.

En esa misma línea, el artículo séptimo, explica que el uso de estos datos personales son legítimos y lícitos cuando se cumplen ciertas condiciones, como cuando el titular manifiesta su consentimiento, voluntad que debe contar con las características de libre, específica, informada e inequívoca, es decir, sin vicios, que indique el fin que pretende dar a los datos y que sea lo suficientemente clara, esto no implica la posibilidad que el consentimiento pueda ser revocado e implica que tiene derecho a que los datos sean eliminados<sup>9</sup>.

El Código Orgánico Integral Penal, en su sección tercera se exhiben conductas que son sancionadas por ser contra la Seguridad De Los Activos De Los Sistemas De Información Y Comunicación, haciendo referencia a aquellas acciones que se realizan por medio del uso de la tecnología. El COIP considera algunas definiciones sobre los medios tecnológicos, lo que permite no solo interpretar y analizar de mejor manera tipos penales que hacen referencia a estos, sino también dan lugar a que ciertas conductas en virtud de los avances tecnológicos, sean consideradas como relevantes para ser sancionadas. Dichas definiciones se establecen en el artículo 234.4:

“a. Contenido digital. - El contenido digital es todo dato informático que representa hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico o canal de comunicación que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí.

b. Datos de tráfico. - Contenido digital relativo a una comunicación efectuada por medio de un sistema informático o canal de comunicación, generados por este sistema como elemento de una cadena de comunicación, indicando su origen, su destino, su trayecto, la hora, la fecha, el tamaño, la duración o el tipo de servicio subyacente.

7 Constitución de la República del Ecuador, artículo 66, numeral 19, 2008.

8 Ley Orgánica de Protección de Datos Ecuador, artículo 1, 2021.

9 Ley Orgánica de Protección de Datos Ecuador, artículo 7, 2021.

- c. Proveedor de servicios. - Cualquier entidad, pública o privada, nacional o internacional, que proporciona a los usuarios de sus servicios la capacidad de comunicarse a través de un sistema informático, o de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación, así como cualquier otra entidad que procese o almacene contenido digital en nombre y por cuenta de aquella entidad proveedora o de sus usuarios.
- d. Sistema informático. - Cualquier dispositivo o conjunto de dispositivos interconectados o asociados, en que uno o varios de ellos desarrolla, ejecutando un programa, el tratamiento automatizado de contenido digital<sup>10</sup>.

Las definiciones previamente citadas, evocan de manera sutil a la Inteligencia Artificial, no obstante, esta tecnología no es conceptualizada completamente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es decir no se le ha otorgado características como herramienta o medio tecnológico por el uso de algoritmos, ni se le ha reconocido su capacidad de generar resultados e impactar en los derechos de terceros. Esta falta de delimitación de la Inteligencia Artificial y desarrollo normativo sobre su uso, da apertura a que nuevas acciones u omisiones que se dan en el contexto actual, no se encuentren permitidas o prohibidas.

## INTELIGENCIA ARTIFICIAL

### Concepto

La Inteligencia Artificial es una herramienta tecnológica, que por medio de algoritmos logra procesar datos y utilizarlos de múltiples formas “como lo haría un ser humano”, la IA tiene la capacidad de realizar tareas de manera eficiente y rápida, reduciendo la probabilidad de error que tiene una persona al hacer la misma tarea. Ricardo Estupiñán señala que no existe una definición específica de Inteligencia Artificial, sin embargo, estas son las tecnologías que recogen “características o capacidades que antes eran exclusivas del intelecto humano”<sup>11</sup>.

Para poder funcionar de manera adecuada, la IA utiliza información contenida en el internet y por medio del aprendizaje automático, es que estas plataformas inteligentes logran generar un resultado, es decir, por medio de algoritmos, la recopilación de información y los modelos, la IA es capaz de realizar tareas y dar respuesta a solicitudes o soluciones a problemáticas planteadas por el humano. En virtud de esta amplitud de la IA, se ha aplicado con mayor facilidad a la vida cotidiana y en diferentes industrias, motivo por el cual, en la actualidad es innegable el verse inmerso en un mundo que funciona debido a esta herramienta tecnológica<sup>12</sup>.

Pujol concuerda con Estupiñán en que no existe una definición estrictamente certera sobre la Inteligencia Artificial, y describe a este tipo de tecnología como una inteligencia dependiente del humano, pero capaz de aprender y mejorar su servicio. La dependencia de la Inteligencia Artificial con las personas, se debe a los algoritmos que este último debe intro-

10 Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, artículo 234.4, 2024

11 Estupiñán, Ricardo, M. Leyva Vásquez, A. Peñafiel Palacios, y Y. El Assafari Ojeda. “Inteligencia artificial y propiedad intelectual.” *Revista Universidad y Sociedad* 13, no. S3 (2021): 362-368. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2490/2445>.

12 Rouhiainen, Luis, *Inteligencia Artificial* (Barcelona: Alienta Editorial, 2018), [https://proassetspdl.com.cdnstatics2.com/usuarios/libros\\_contenido/arxius/40/39307\\_Inteligencia\\_artificial.pdf](https://proassetspdl.com.cdnstatics2.com/usuarios/libros_contenido/arxius/40/39307_Inteligencia_artificial.pdf).

ducir para que la herramienta pueda ejecutar una acción concreta, aunque esta relación no sea todo el tiempo imprescindible<sup>13</sup>.

Morán Espinosa, citando a Margaret Roue manifiesta que “La inteligencia artificial es aquella inteligencia que se manifiesta a través de las maquinas, (...) la ayuda idónea para cualquier ser humano, un agente racional, flexible y servicial”<sup>14</sup> e identifica cuatro tipos principales de IA, la asistida, automatizada, aumentada y la autónoma; la asistida, comprende los sistemas con la finalidad de colaborar o realizar tareas de los seres humanos, es decir la IA muestra un resultado por cada algoritmo ingresado, la automatizada, es la que realiza operaciones que antes la realizaban personas y tiene un enfoque más industrial, la aumentada, funciona en el área de marketing, la IA aprende de la interacción del humano en un sistema y la autónoma, aquella en la que no interviene el ser humano.

En este mismo sentido, Pujol coincide que existe IA automática supervisada, no supervisada y de refuerzo, la primera se encuadra en la de definición de IA asistida, la segunda, se tiene la finalidad de segmentar el mercado y se utiliza para agrupar o clasificar o crear datos sin el apoyo del ser humano, lo que se asimila con la IA autónoma y aumentada y la tercera, que se llama de refuerzo, porque sirve para entender al mercado, en base a la interacción humana con páginas y redes<sup>15</sup>.

De las clasificaciones de IA de Morán Espinosa y de Pujol, se entiende que la no supervisada, tiene la capacidad de generar contenido, lo que consiste en que esta pueda crear videos o imágenes, sin la necesidad de que el ser humano tenga que grabar o editar material, por el contrario, la IA puede realizar estos archivos multimedia en base a un guion, texto y videos compatibles o a fines a lo solicitado que se encuentran ya en la red<sup>16</sup>.

## La importancia de regular la Inteligencia Artificial y sus desafíos

Para García, “la IA puede apoyar resultados social y ambientalmente beneficiosos y proporcionar ventajas competitivas clave a las empresas y a la economía europea, lo que será esencial en ámbitos o sectores de gran impacto, como el del cambio climático, el medio ambiente y la salud, el sector público, las finanzas, la movilidad, los asuntos de interior y la agricultura. En otro plano, la IA se ha demostrado útil también para contribuir a la lucha contra la delincuencia, la ciberdelincuencia y el terrorismo (...)”<sup>17</sup>.

Sin embargo, la misma autora plantea que indistintamente de los beneficios que la Inteligencia Artificial brinda, existen un sin número de riesgos que implica, dando como consecuencia daños materiales como inmateriales, es decir se podrían vulnerar derechos y causar daños fuera del mundo digital. Por lo que, a fin de mantener un equilibrio o una armonía

13 Pujol Vila, O., Fernández Hernández, C., y García Mexía, P. “Claves de inteligencia artificial y derecho.” En *Claves de inteligencia artificial y derecho*, editado por O. Pujol Vila, C. Fernández Hernández, y P. García Mexía (Madrid, España: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., 2022), <https://elibro.net/es/ereader/uisekecuador/226588?page=19>.

14 Morán Espinosa, Alejandro. “Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?” *Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas* 15 (2021): 5-28. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n48/1870-2147-rius-15-48-289.pdf>.

15 Pujol Vila, O., Fernández Hernández, C., y García Mexía, P. “Claves de inteligencia artificial y derecho.” En *Claves de inteligencia artificial y derecho*, editado por O. Pujol Vila, C. Fernández Hernández, y P. García Mexía (Madrid, España: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., 2022), <https://elibro.net/es/ereader/uisekecuador/226588?page=19>.

16 Ramírez, Luis. “¿Cómo crear videos con Inteligencia Artificial? Las 10 mejores herramientas.” Escuela de Negocios de la Innovación y los Emprendedores (IEBS), 2024. <https://www.iebschool.com/blog/como-crear-videos-con-ia-mejores-herramientas-tecnologia/>.

17 García García, Santiago. “Una aproximación a la futura regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea.” *Revista de Estudios Europeos* (2022): 304-323. <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.304-323>.

con este tipo de avances tecnológicos, la normativa actual debe ajustarse y actuar de manera preventiva ante los servicios que provee la IA<sup>18</sup>.

Las vulneraciones hacia derechos por la Inteligencia Artificial, se puede dar tanto por su uso para facilitar procesos y acciones de las personas, como del uso de esta para fines ilícitos o que atenten a otros, de modo que, el impacto puede ser sobre las personas de manera individual o directamente al Estado; encontrándose vulnerados derechos como la dignidad, intimidad, datos personales, no discriminación, así como los referentes a la propiedad intelectual, hasta la integridad, de ello sobre sale la necesidad de regular y normar esta herramienta, así como para dotar de seguridad jurídica a las personas que la utilizan y para terceros<sup>19</sup>.

Sobre las problemáticas o desafíos que surgen cuando se intenta regular la Inteligencia Artificial, en primer lugar, es el partir desde algo nunca antes regulado y es sobre esta herramienta tecnológica en forma intangible, puesto que existe una discusión entre regular las funciones o alcances que tiene, sin transgredir “a la voluntad de sus creadores”, es decir sus derechos intelectuales. Por lo que, la primera controversia es sobre los derechos que otorga el Estado a los sujetos para la libertad de creación y la necesidad de regular estos desarrollos de la IA, limitando su funcionalidad o finalidad<sup>20</sup>.

Segundo, como otro desafío de la regulación, es el nivel de exigencia de la regulación, esto por la agilidad actual en que la tecnología es desarrollada y el proceso extenso para desarrollar una regulación, por lo que acomodar los avances que rodean a la Inteligencia Artificial a una normativa suficiente, resulta improbable. El desarrollo, aprobación y aplicación de las normas ya sean en un contexto nacional como internacional, conlleva a un tiempo prolongado, es así que nunca va a existir un tipo de proporcionalidad entre lo que se necesita regular, con lo que existe en la actualidad<sup>21</sup>.

En el ámbito penal, recae otra problemática de la regulación de la IA y es, sobre quien recae la responsabilidad, esto por la probabilidad que detrás de la IA opera un ser humano “con libre capacidad de decisión y albedrío”, sabiendo que “una IA cometa una conducta delictiva es factible y atendiendo a que la mayor limitante es su incapacidad para replicar los sentimientos humanos”. La autora determina que el autoaprendizaje de la IA y su programación tienen una conducta lícita, lo que en caso de controversia la persona penalmente responsable es aquella que comete un delito por las facilidades de esta herramienta tecnológica, por otra parte, también puede haber responsabilidad penal sobre la persona jurídica de la IA de ser el caso<sup>22</sup>.

---

18 *ibidem*

19 Pujol Vila, O., Fernández Hernández, C., y García Mexía, P. “Claves de inteligencia artificial y derecho.” En *Claves de inteligencia artificial y derecho*, editado por O. Pujol Vila, C. Fernández Hernández, y P. García Mexía (Madrid, España: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., 2022), <https://elibro.net/es/ereader/uisekecuador/226588?page=19>.

20 Santos Ossa, Juan. “Inteligencia Artificial y los desafíos de regular el futuro.” 23 de julio de 2020. <https://www.carey.cl/wp-content/uploads/filebase/filebase/noticias/Inteligencia-Artificial-y-los-desafios-de-regular-el-futuro-El-Mercurio-Legal.pdf>.

21 Cerrillo i Martínez, Alberto. “Retos del uso de la inteligencia artificial en las administraciones públicas.” Ed. Universitat Oberta de Catalunya, 2020. <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/150140/3/RetosDelUsoDeLaInteligenciaArtificialEnLasAdministracionesPublicas.pdf>.

22 Morán Espinosa, Alejandro. “Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?” *Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas* 15 (2021): 5-28. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n48/1870-2147-rius-15-48-289.pdf>

## DEEPFAKES

### Concepto

La palabra deepfake, proviene de la unión de dos palabras en inglés, “deep” que hace referencia al “deep learning” o aprendizaje profundo que es lo que realiza la IA al recopilar y procesar información a fin de entregar un resultado y “fake” que va vinculado al contenido realista pero que en realidad es falso, generado por la IA. Para llegar a este uso del rostro, cuerpo y voz, las IA utilizan diferentes técnicas y algoritmos sofisticados para lograr que tanto una fotografía como un video, lleguen a parecer reales sin hacer notar esta manipulación<sup>23</sup>.

En este sentido, los deepfakes, son videos manipulados o creados, mismos que parecen ser reales, sin embargo, su contenido no lo es, esto se hace con el uso de la herramienta de Inteligencia Artificial, la cual que permite editar cualquier contenido audiovisual o crearlo en base a un comando o algoritmo ingresado por una persona. Gomes, se acerca a la definición planteada y añade que “la tecnología responsable por los deepfakes fue desarrollada con recurso a una otra asociada a la inteligencia artificial, denominada GAN – red generativa antagónica. En el método usado, el codificador automático extrae las características ocultas de las imágenes faciales y el decodificador se utiliza para reconstruir las imágenes faciales”<sup>24</sup>.

En el artículo Inteligencia artificial, desinformación y propuestas de alfabetización en torno a los deepfakes, se define a estos como “aquellos archivos de vídeo, imagen o voz manipulados mediante una herramienta o programa dotado de tecnología de inteligencia artificial que permite el intercambio de rostros en imágenes y la modificación de la voz, de modo que los archivos parezcan originales, auténticos y reales”<sup>25</sup>. Por consiguiente, se puede conceptualizar al deepfake como todo contenido (fotografía, audio, video) que, entrelazado con algoritmos, información y la IA, dan como resultado una multimedia falsa.

### Deepfakes sexuales

Hay un tipo de deepfakes, que son representaciones de carácter sexual en imágenes, videos y audios, donde el contenido falso es en base al uso de la voz e imagen de una persona, generando un efecto social de desinformación y un impacto psicológico en la víctima. Deeptrace, una empresa de ciberseguridad, realizó un estudio de los deepfakes, a fin de determinar su impacto en la sociedad actual. Dentro de este, señaló que desde 2017 los avances tecnológicos dieron lugar al desarrollo y difusión de deepfakes, de los cuales solo el 4% de todo el

23 Garriga, Montse, Ruiz-Incertis, Raúl, y Magallón-Rosa, Raúl. “Inteligencia artificial, desinformación y propuestas de alfabetización en torno a los deepfakes.” *Observatorio (OBS) Journal\** (2024, Special Issue): 175-194. [https://www.researchgate.net/profile/Raul-Magallon-Rosa/publication/378184418\\_Artificial\\_intelligence\\_disinformation\\_and\\_media\\_literacy\\_proposals\\_around\\_deepfakes/links/65cca1951e1ec12eff9bc479/Artificial-intelligence-disinformation-and-media-literacy-pro](https://www.researchgate.net/profile/Raul-Magallon-Rosa/publication/378184418_Artificial_intelligence_disinformation_and_media_literacy_proposals_around_deepfakes/links/65cca1951e1ec12eff9bc479/Artificial-intelligence-disinformation-and-media-literacy-pro).

24 Gomes-Gonçalves, Susana. “Los deepfakes como una nueva forma de desinformación corporativa – una revisión de la literatura.” *IROCAMM* 5, no. 2 (2022): 22-38. [https://institucional.us.es/revistas/IROCAMM/5\\_2\\_2022/IROCAMM\\_V5-N2-2022\\_02\\_gomes-goncalves.pdf](https://institucional.us.es/revistas/IROCAMM/5_2_2022/IROCAMM_V5-N2-2022_02_gomes-goncalves.pdf).

25 Garriga, Montse, Ruiz-Incertis, Raúl, y Magallón-Rosa, Raúl. “Inteligencia artificial, desinformación y propuestas de alfabetización en torno a los deepfakes.” *Observatorio (OBS) Journal\** (2024, Special Issue): 175-194. [https://www.researchgate.net/profile/Raul-Magallon-Rosa/publication/378184418\\_Artificial\\_intelligence\\_disinformation\\_and\\_media\\_literacy\\_proposals\\_around\\_deepfakes/links/65cca1951e1ec12eff9bc479/Artificial-intelligence-disinformation-and-media-literacy-pro](https://www.researchgate.net/profile/Raul-Magallon-Rosa/publication/378184418_Artificial_intelligence_disinformation_and_media_literacy_proposals_around_deepfakes/links/65cca1951e1ec12eff9bc479/Artificial-intelligence-disinformation-and-media-literacy-pro).

contenido falso en línea no tiene un carácter pornográfico y, la mayoría de videos sexuales utilizan la fisiología de una mujer<sup>26</sup>.

Bañuelos Capistrán, no identifica como tal a la multimedia de carácter sexual falsa como deepfakes sexuales, sino los llama deepfakes pornográficos. Además, indica que la Inteligencia Artificial es un medio tecnológico poco regulado, pero bastante desarrollado, que, con el retrato de una persona es suficiente para crear videos y fotografías de desnudos. Esta tergiversación de la realidad, es una forma más de violencia de género por medio de la tecnología, ya que el uso de la imagen de una persona en contenidos de actos sexuales sin su consentimiento, solo humilla, acosa, llega a ser un medio lucrativo y de extorsión<sup>27</sup>.

“En pocas palabras, el deepfake pornográfico se concreta mediante la utilización y manipulación de videos o imágenes de una persona, los cuales son cargados en un sistema de inteligencia artificial, todo esto con la intención de crear contenidos que implican desnudos u otras acciones de carácter sexual, sin que el individuo afectado haya participado en la producción de dicho material”<sup>28</sup>.

Valverde, Armijos y Martínez, utilizan como Bañuelos el término deepfake pornográfico y lo traducen en pornografía sintética y coinciden estos autores en que es un tipo de contenido que se difunde y viraliza rápidamente en la actualidad, afectando a celebridades o personajes públicos como a personas con vidas privadas, así también señalan que los principales derechos vulnerados con los deepfakes pornográficos o sexuales, son la integridad sexual, la identidad personal y la intimidad.

## DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

### Doctrina

Los delitos contra la integridad sexual, surgen como garantía de protección al derecho fundamental de la integridad sobre el ámbito sexual, es decir sobre este carácter vulnerable de las personas que les afecta de manera personal, en el caso de las personas menores de edad de su indemnidad sexual y de las personas adultas de su libertad sexual<sup>29</sup>.

La integridad es un derecho humano fundamental que se relaciona con el respeto, pues implica, a todos los aspectos inherentes a la vida, la dignidad y el desarrollo. Es así como la integridad se divide en lo físico, psíquico y moral. Sobre lo físico, se refiere al cuerpo y su intocabilidad no consensuada, además hace énfasis en su preservación. De lo psíquico, así como de lo moral, se alude a la parte intangible del ser humano, lo que es el bienestar mental, las habilidades adquiridas y el desarrollo de la vida<sup>30</sup>.

Ortiz, Pérez y Solórzano, proponen que los delitos contra la integridad sexual, tienen su origen en la violencia sexual, el National Sexual Violence Resource Center o Centro Nacional

26 Adjer, Hamid, Patrini, Giovanni, Cavalli, Francesca, y Cullen, Laura. “The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact.” Deeptrace, 2019. [https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake\\_report.pdf](https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf).

27 Bañuelos Capistrán, José. “Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad.” *Revista Panamericana de Comunicación* 1, no. 2 (2020): 51-61.

28 Valverde Ramos, María Soledad, Armijos González, María José, y Martínez Pérez, Oscar. “La tipificación del delito Deepfake Pornográfico en Ecuador y la era de la inteligencia artificial.” *MQRInvestigar*, 2024. <https://doi.org/10.56048/MQR20225.8.2.2024.1950-1970>.

29 Ortiz, Sergio, Pérez, Claudia, y Solórzano, Luis. “La víctima en los delitos contra la integridad sexual.” *Universidad y Sociedad* 12, no. 3 (2020): 353-363. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n3/2218-3620-rus-12-03-353.pdf>.

30 Guzmán, José Miguel. “El derecho a la integridad personal.” Ed. Comisión de Derechos Humanos, 2007. <https://cintras.org/textos/congresodh/elderechoalintegridadjmg.pdf>.

de Recursos contra la Violencia Sexual, define a esta como las acciones de fuerza o manipulación que ejerce una persona sobre otra, al respecto de una actividad sexual, sin que sea de manera consensuada, afectando tanto a hombres como mujeres<sup>31</sup>.

Haciendo énfasis en lo manifestado por Guzmán, Corigliano alude que los delitos contra la integridad sexual no tienen una única definición, esto debido a que el bien tutelado es bastante amplio, en vista que abarca todo aspecto de índole sexual que pueda derivarse de los delitos fundamentales, es por ello que esta clase de delitos, llegan a ser pluriofensivos, y un mismo tipo penal puede afectar, la libertad, la autodeterminación, honor, integridad física, etc.<sup>32</sup>

## Jurisprudencia

La integridad sexual se encuentra desarrollada por la Corte Constitucional, principalmente en la sentencia No. 365-18-JH y Acumulados, dentro de la cual se establece que el derecho de la integridad personal se encuentra comprendida por la física, psíquica o psicológica, moral y sexual, esta última “comprende la protección de la autonomía de toda persona respecto de su corporalidad y genitalidad y el consentimiento en la participación en actos sexuales o con connotación sexual. Así, toda acción u omisión conducente a realizar actos con connotación sexual en contra de voluntad de la persona atenta contra esta dimensión de la integridad”<sup>33</sup>.

En ese sentido, la integridad sexual puede tratarse de un contacto físico o no sobre cualquier acción en referencia a lo sexual. La Corte sobre estas dimensiones de la integridad, manifiesta que son “son complementarias e interdependientes entre sí y guardan una conexión íntima, esencial y necesaria. Por tanto, su protección no puede ser entendida de manera segmentada. En consecuencia, la vulneración a una de estas dimensiones podría en ciertos casos resultar en la afectación en mayor o menor grado hacia las otras”<sup>34</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en relación a la violencia que transgrede la integridad sexual, hace hincapié en que no necesariamente se trata de una invasión física no consentida, sino también se incluyen “actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”<sup>35</sup>, es por ello que tanto la Corte IDH como la Corte Constitucional, resaltan la importancia de que el Estado garantice la protección sobre este bien intangible, ya que su vulneración, puede ser incluso entendido como un trato cruel, inhumano o degradante<sup>36</sup>.

## Bloque Constitucional

Como fue mencionado anteriormente, los delitos sexuales existen y son sancionados como garantía a la protección del bien jurídico protegido de la integridad sexual que deriva de la integridad, misma que se encuentra determinada como un derecho en la Constitución, la cual indica en el artículo 66, numeral 3:

31 National Sexual Violence Resource Center. “¿Qué es la violencia sexual?” 2012. [https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications\\_NSVRC\\_Overview\\_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf](https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Overview_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf).

32 Corigliano, María. “Delitos contra la integridad sexual.” *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 2006, 1-16. [https://telecomlobby.com/RNMnetwork/documents/integridad\\_sexual\\_delitos.pdf](https://telecomlobby.com/RNMnetwork/documents/integridad_sexual_delitos.pdf).

33 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados, 2021)

34 Íbidem

35 **Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú**, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2006. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf).

36 **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 1997. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf).

“3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos”<sup>37</sup>.

Por lo señalado, es posible desprender que la integridad personal tiene diferentes esferas de protección, que van enfocadas a la protección corporal como no de un sujeto. Con respecto a la integridad sexual, es un derecho fundamental que se presenta como una libertad de decisión y desarrollo de vida. Así mismo, los delitos de integridad sexual responden al literal b del articulado, sobre la vida libre violencia y a la responsabilidad positiva del Estado para atender la problemática, al ser sancionados por el poder punitivo.

Bajo la misma responsabilidad, el Estado se encuentra obligado a sancionar como a desarrollar un procedimiento específico, eficiente y eficaz para ciertos delitos, entre ellos los delitos sexuales o contra la integridad sexual, como lo señala el artículo 81 de la Constitución:

“La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley”<sup>38</sup>.

Desde una perspectiva internacional y dentro del bloque de constitucionalidad, el Ecuador ha suscrito y ratificado diferentes tratados que establecen derechos en relación a la sexualidad de la persona desde la dignidad, la integridad y la libertad. Entre estos tratados se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Pará” y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, ratificada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1948, misma que propone en el artículo primero que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”<sup>39</sup>. La dignidad y la libertad que son mencionados por la Declaración, son elementos intrínsecos de la integridad, ya que

37 Constitución del Ecuador, artículo 66, numeral 3, 2008.

38 Constitución del Ecuador, artículo 81, 2008.

39 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 1, 1948.

son aquellos que permiten que la integridad sexual sea reconocida como un derecho, desde el respeto de la persona como del libre albedrío que posee.

El “Pacto de San José de Costa Rica” de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ratificada en 1984, reconoce el derecho a la integridad personal, lo que abarca entre varios aspectos, que: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”<sup>40</sup>. Se reconoce un derecho sobre lo físico y lo psíquico, que, de ser llevado a un carácter sexual, se expresa entonces una protección y libertad sobre integridad sexual de manera concreta.

La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belém Do Pará” ratificada en 1995, es un instrumento internacional que aporta su perspectiva de género sobre la violencia o daño tanto físico, sexual y psicológico; así como en el Pacto de San José de Costa Rica, no menciona expresamente un derecho sobre la integridad sexual, pero si lo hace sobre el respeto a la vida, la libertad, la dignidad y la integridad física, psíquica y moral<sup>41</sup>.

### Leyes Orgánicas

La Ley Orgánica Integral Para La Prevención Y Erradicación De La Violencia De Género Contra Las Mujeres tiene dos ejes, el de prever y eliminar aquellos actos físicos, psicológicos, sexuales, etcétera; que sufren las niñas, adolescentes, jóvenes adultas y adultas mayores, mismas que devienen de un problema social basado en ciertos estereotipos que crean una desigualdad<sup>42</sup>.

Esta ley pretende ser un instrumento legal que fortalece y aporta al derecho a vivir libre de violencia, además reconoce los siguientes derechos de las mujeres en el artículo noveno que indica:

“Las mujeres: niñas, adolescentes, jóvenes, adultas y adultas mayores, en toda en su diversidad, tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y libertades contemplados en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y en la normativa vigente, que comprende, entre otros, los siguientes:

1. A una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, que favorezca su desarrollo y bienestar; 2. Al respeto de su dignidad, integridad, intimidad, autonomía y a no ser sometida a ninguna forma de discriminación, ni tortura; (...) 17. A una comunicación y publicidad sin sexismo, violencia y discriminación; (...) 20. A recibir protección frente a situaciones de amenaza, intimidación o humillaciones”<sup>43</sup>.

Lo que es importante destacar, es que la legislación ecuatoriana reafirma que las personas tienen derecho a la dignidad e integridad, por lo que debe garantizarse su protección ante cualquier tipo de violencia, sea física, sexual, gineco-obstétrica y sexual digital. La Ley Orgánica Reformatoria Al COIP Para Prevenir Y Combatir La Violencia Sexual Digital Y Fortalecer La Lucha Contra Delitos Informáticos, define la violencia sexual digital, como toda acción que vulnere principalmente, aunque no de forma exclusiva, la intimidad de la perso-

40 Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 1, 1948.

41 Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer, 1995.

42 Ley Orgánica Integral Para La Prevención Y Erradicación De La Violencia De Género Contra Las Mujeres, 2021.

43 íbidem

na, con el uso de la tecnología o plataformas y contenido personal o íntimo, dentro de escenarios sexuales<sup>44</sup>.

El Código Orgánico Integral Penal, a pesar de que se organiza por capítulos que hacen referencia al bien jurídico protegido, existe cierta dispersión con respecto a delitos que vulneran la integridad sexual, por ejemplo, en el capítulo primero “Graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario”, se encuentra la explotación sexual de personas, turismo sexual, pornografía con utilización de niñas, niñas o adolescentes y su comercialización. En el capítulo segundo “Delitos contra los derechos de libertad”, se encuentra el hostigamiento, así como la sección cuarta que expresamente menciona “Delitos contra la integridad sexual y reproductiva”, conteniendo a la distribución de material pornográfico a niñas, niñas o adolescentes, el abuso sexual, el contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos, entre otros<sup>45</sup>.

## LA FALTA DE UN TIPO PENAL DE DEEPFAKES SEXUALES EN ECUADOR

La Inteligencia Artificial ya es parte del día a día de las personas, esta herramienta tecnológica debido a que facilita el obtener resultados, productos o respuestas, permite que, sin control alguno, pueda ser utilizado de forma constante. Además, continuamente existen desarrolladores de Inteligencia Artificial que se ajuste a las necesidades humanas y tenga menores márgenes de error<sup>46</sup>.

Por ello, estos avances tecnológicos, dan lugar a un mejor contenido de multimedia generado por la IA, lo que en conjunto con lo fácil que resulta manejar esta herramienta y que no requiere un amplio dominio o conocimiento. Empero, su mal uso, deriva en la creación de deepfakes con carácter sexual, de imágenes o videos adulterados, que utilizan el rostro y datos personales de una persona sin su consentimiento<sup>47</sup>.

En Ecuador, ya se ha viralizado en redes un caso donde dos adolescentes fueron víctimas y protagonistas de 700 fotos y videos sexuales creados con Inteligencia Artificial, que fueron creados por dos compañeros de colegio de las adolescentes; este caso de 2023, provocó que la Fiscalía General del Estado, de oficio diera apertura una investigación, por un presunto delito de pornografía infantil, pero cabe cuestionarse que hubiera pasado si las víctimas hubiesen sido mayores de edad, quienes no cuentan con un tipo penal determinado en el COIP<sup>48</sup>.

El vacío jurídico en el ordenamiento ecuatoriano con respecto a los deepfakes sexuales, da lugar a una vulneración de derechos sin reparación alguna y no guarda armonía con el Estado garantista de derechos y una eficiencia del sistema penal que evite la impunidad. El tratarse de multimedia con contenido sexual, en un primer análisis se podría entender que

44 Ley Orgánica Reformatoria Al COIP Para Prevenir Y Combatir La Violencia Sexual Digital Y Fortalecer La Lucha Contra Delitos Informáticos, 2021

45 Código Orgánico Integral Penal, 2024.

46 Estupiñán, Ricardo, M. Leyva Vásquez, A. Peñafiel Palacios, y Y. El Assafari Ojeda. “Inteligencia artificial y propiedad intelectual.” *Revista Universidad y Sociedad* 13, no. S3 (2021): 362-368. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2490/2445>.

47 Bañuelos Capistrán, José. “Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad.” *Revista Panamericana de Comunicación* 1, no. 2 (2020): 51-61.

48 Radio Pichincha; Martínez, S. (2023). En colegio de Los Chillos habrían creado 700 fotos y videos sexuales, con inteligencia artificial. Radio Pichincha. Obtenido de <https://www.radiopichincha.com/700-fotos-y-videos-sexuales-habrian-creado-con-inteligencia-artificial-en-colegio-de-los-chillos/>

esta vulnera la integridad sexual, derecho que se encuentra reconocido y en el COIP es un bien jurídico protegido<sup>49</sup>.

A pesar de ello, el sistema ecuatoriano, no se ha adaptado a los deepfakes sexuales que son creados con Inteligencia Artificial, lo que nuevamente destaca la falta de un tipo penal que sancione esta acción. “Adicionalmente, es importante destacar que en la práctica jurídica ecuatoriana se observa una tendencia preocupante de subsumir varios hechos en las infracciones jurídicas existentes, aun cuando estos no cumplen con todos los elementos que las caracterizan. Este enfoque conlleva a una interpretación extensiva de la ley y pone en peligro principios fundamentales como la legalidad, la tipicidad y la seguridad ciudadana”<sup>50</sup>.

Por tanto, la integridad sexual hasta cierto punto sí se encuentra regulada y protegida, sin embargo, no se ajusta de manera adecuada o suficiente a una amenaza latente y derivada de la tecnología actual, que es esta multimedia en fotografía o video con contenido de carácter sexual falso. En un análisis más profundo, la creación y difusión de un deepfake sexual, que utiliza la fisiología de una persona sin autorización de esta, la convierte en víctima de un delito informático que vulnera más que la integridad.

El impacto de la multimedia de índole sexual falsa, afecta a la vida privada, como a la vida pública, cambiando su bienestar como calidad de vida, más aún en el mundo globalizado en el que nos encontramos, donde todo se propaga rápidamente en internet. La acción de crear o difundir deepfakes sexuales como delito, es complejo por afectar al honor, la identidad y dignidad de la persona<sup>51</sup>.

## IMPORTANCIA DE UN TIPO PENAL ESPECÍFICO SOBRE LOS DEEPFAKES SEXUALES

Señalar a cierta acción u omisión como un acto punible, dándole este alcance de delito, permite esclarecer los hechos que tienen una consecuencia jurídico penal. El sistema penal ecuatoriano, tiene como finalidad “normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso (...)”<sup>52</sup>. Por tanto, para poder ejercer dicho poder estatal y en cumplimiento del principio de legalidad, resulta indiscutible la importancia de establecer las infracciones penales claras y específicas, de modo que estas sean conductas típicas, anti-jurídicas y culpables.

El Código Orgánico Integral Penal destaca la ausencia de un tipo mediante el cual los videos sexuales no consentidos y elaborados con Inteligencia Artificial sean sancionados, generando que los casos en relación a esta acción sean inimputables y absolviendo de cualquier responsabilidad al creador de dicha multimedia, por no ser una conducta contraria a la ley<sup>53</sup>.

Según el periódico La Hora, en Ecuador para el año 2021, se registraron 131 casos por pornografía infantil y 21 por comercialización de pornografía con utilización de niños, niñas

49 Código Orgánico Integral Penal, 2024.

50 Valverde Ramos, María Soledad, Armijos González, María José, y Martínez Pérez, Oscar. “La tipificación del delito Deepfake Pornográfico en Ecuador y la era de la inteligencia artificial.” *MQRInvestigar*, 2024. <https://doi.org/10.56048/MQR20225.8.2.2024.1950-1970>.

51 Íbidem

52 Código Orgánico Integral Penal, Ecuador, 2014.

53 Santillán Delgado, Guillermo, Robles Cardoso, Ricardo, y García Rosas, Ana. “Fundamentos Teóricos en la enseñanza de la teoría del delito en el sistema jurídico mexicano.” *Revista Derecho Penal y Criminología* XXXIX, no. 107 (2018): 103-131.

y adolescentes, existiendo un aumento del 46% de pornografía infantil desde 2020 al 2023<sup>54</sup>. La revista Forbes Ecuador, concuerda con estas cifras y apunta que, en el año 2023, dentro del país se han encontrado “275.652 páginas web que contenían, anunciaban o enlazaban a imágenes de abusos sexuales a menores”, estos datos, la tecnología y el creciente uso de Inteligencia Artificial son una amenaza latente por facilitar la creación y velan que el mal uso de la tecnología e inteligencia artificial podría dar paso a la distribución de material pornográfico infantil<sup>55</sup>.

De lo mencionado, es posible concluir que, si bien existen en la actualidad deepfakes sexuales, no existe un tipo penal adecuado o lo suficientemente específico sobre la acción relacionada a esta multimedia. En consecuencia, esta inexistencia de tipo genera dos problemas, que la acción de crear o difundir deepfakes sexuales sea investigado o juzgado por otro delito, y que se exceda la legitimidad del poder punitivo, vulnerando la seguridad jurídica y debido proceso o que estos casos queden impunes por la falta de una antijuricidad.

## CONCLUSIONES

El uso de la Inteligencia Artificial y los medios tecnológicos, actualmente es constante y cada vez se encuentra inmersa en más ámbitos de la vida cotidiana debido a las facilidades y servicios que provee por su capacidad de generar resultados, realizar actividades complejas, automatizar tareas, predecir datos, entre otras. Este desarrollo informático y digital, es continuo, de modo que los alcances de la Inteligencia Artificial no se encuentran completamente regulados y específicamente, a nivel nacional no existe normativa que haga referencia a estos sistemas inteligentes.

Tras un ejercicio de inteligencia normativa, se encuentra que, en el Ecuador, los delitos informáticos son todos aquellos que utilizan como herramienta para la ejecución de la conducta, sistemas tecnológicos, de manera que en el Código Orgánico Integral Penal, se encuentran distribuidos en diferentes capítulos, ya que no existe un único bien jurídico al que responden, no obstante, si consideran el derecho a la protección de datos personales y es a partir de este que toman relevancia en el ámbito penal.

De los delitos contra la integridad sexual, se puede desprender que responden al derecho a la integridad personal, misma que involucra un aspecto físico, psíquico y sexual, la integridad sexual, es una institución jurídica con diferentes definiciones, debido a la pluralidad de términos y derechos que recoge, como lo es la libertad, intimidad y dignidad. En el COIP, existe un catálogo de tipos penales, sobre diferentes conductas que atentan contra la integridad sexual, como lo es la pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes y comercialización, el acoso sexual, etc. Pero ninguno adecuándose a sancionar a los contenidos multimedia falsos creados o divulgados con el uso de Inteligencia Artificial, llamados deepfakes sexuales o pornográficos.

Los deepfakes sexuales, son una problemática mundial, por la facilidad de crearlos como de difundirlos, estos, consisten en la utilización de datos personales sin consentimiento de su titular para modificarlos y utilizarlos en fotografías, videos, y multimedia de carácter sexual, los tipos penales establecidos en el COIP no precisan esta conducta como punible y en

54 Grupo La Hora. “En Ecuador, las denuncias por pornografía infantil han aumentado un 46% desde el 2020.” La Hora, 1 de marzo de 2023. <https://www.lahora.com.ec/pais/pornografia-infantil-aumento-ecuador-caso-luisa-espinoza-red/>.

55 Hart, Raúl. “El 2023 fue uno de los peores años registrados en cuanto a abuso sexual infantil online.” Forbes Ecuador, 28 de abril de 2024. <https://www.forbes.com.ec/today/el-2023-fue-uno-peores-anos-registrados-cuanto-abuso-sexual-infantil-online-n51836>.

armonía con el principio de legalidad, es pertinente el establecer un tipo penal claro y adecuado a la acción, como ya se ha hecho en otros países de Latinoamérica.

Esta investigación, abre la posibilidad del estudio de nuevas conductas que cuentan con elementos suficientes para ser penalmente relevantes, así también, da paso a la discusión sobre la regulación al uso de Inteligencia Artificial y la posibilidad de establecer una responsabilidad jurídica en casos civiles como penales, así como el reconocer algún tipo de derecho de autor sobre estos sistemas inteligentes. En definitiva, es necesario un desarrollo normativo que sea proporcional a las potenciales fuentes de vulneración de derechos en relación a las nuevas tecnologías.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acurio del Pino, S. *Delitos Informáticos: Generalidades*. Organización de los Estados Americanos, 2010. [https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb\\_ecu\\_delitos\\_inform.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf).
- Adjer, H., G. Patrini, F. Cavalli, y L. Cullen. "The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact." *Deeptrace*, 2019. [https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake\\_report.pdf](https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf).
- Bañuelos Capistrán, J. "Deepfake: La imagen en tiempos de la posverdad." *Revista Panamericana de Comunicación* 1, no. 2 (2020): 51-61.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, 26 de noviembre de 2006. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf).
- Cerrillo i Martínez, A. "Retos del uso de la inteligencia artificial en las administraciones públicas." Ed. *Universitat Oberta de Catalunya*, 2020. <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/150140/3/RetosDelUsoDeLaInteligenciaArtificialEnLasAdministracionesPublicas.pdf>.
- Código Orgánico Integral Penal.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 1, 1948.
- Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, 1995.
- Corigliano, M. "Delitos contra la integridad sexual." *Revista Internauta de Práctica Jurídica* (2006): 1-16. [https://telecomlobby.com/RNMnetwork/documents/integridad\\_sexual\\_delitos.pdf](https://telecomlobby.com/RNMnetwork/documents/integridad_sexual_delitos.pdf).
- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 2064-14-EP/21*, 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados*, 2021.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 1, 1948.
- Estupiñán, R., M. Leyva Vásquez, A. Peñafiel Palacios, y Y. El Assafari Ojeda. "Inteligencia artificial y propiedad intelectual." *Revista Universidad y Sociedad* 13, no. S3 (2021): 362-368. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2490/2445>.
- Fernández Bermejo, D., y G. Martínez Atienza. *Ciberdelitos*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2020.
- García García, S. "Una aproximación a la futura regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea." *Revista de Estudios Europeos* (2022): 304-323. <https://doi.org/10.24197/ree.79.2022.304-323>.
- Garriga, M., R. Ruiz-Incertis, y R. Magallón-Rosa. "Inteligencia artificial, desinformación y propuestas de alfabetización en torno a los deepfakes." *Observatorio (OBS) Journal, Special Issue* (2024): 175-194. [https://www.researchgate.net/profile/Raul-Magallon-Rosa/publication/378184418\\_Artificial\\_intelligence\\_disinformation\\_and\\_media\\_literacy\\_proposals\\_around\\_deepfakes/links/65cca1951e1ec12eff9bc479/Artificial-intelligence-disinformation-and-media-literacy-pro](https://www.researchgate.net/profile/Raul-Magallon-Rosa/publication/378184418_Artificial_intelligence_disinformation_and_media_literacy_proposals_around_deepfakes/links/65cca1951e1ec12eff9bc479/Artificial-intelligence-disinformation-and-media-literacy-pro).
- Gomes-Gonçalves, S. "Los deepfakes como una nueva forma de desinformación corporativa – una revisión de la literatura." *IROCAMM* 5, no. 2 (2022): 22-38. [https://institucional.us.es/revistas/IROCAMM/5\\_2\\_2022/IROCAMM\\_V5-N2-2022\\_02\\_gomes-goncalves.pdf](https://institucional.us.es/revistas/IROCAMM/5_2_2022/IROCAMM_V5-N2-2022_02_gomes-goncalves.pdf).

- Grupo La Hora. "En Ecuador, las denuncias por pornografía infantil han aumentado un 46% desde el 2020." La Hora, 1 de marzo de 2023. <https://www.lahora.com.ec/pais/pornografia-infantil-aumento-ecuador-caso-luisa-espinoza-red/>.
- Guzmán, J. M. "El derecho a la integridad personal." Ed. Comisión de Derechos Humanos, 2007. <https://cintras.org/textos/congresodh/elderechoalintegridadjmg.pdf>.
- Hart, R. "El 2023 fue uno de los peores años registrados en cuanto a abuso sexual infantil online." Forbes Ecuador, 28 de abril de 2024. <https://www.forbes.com.ec/today/el-2023-fue-uno-peores-anos-registrados-cuanto-abuso-sexual-infantil-online-n51836>.
- Ley Orgánica de Protección de Datos Ecuador.
- Ley Orgánica Integral Para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género Contra las Mujeres, 2021.
- Ley Orgánica Reformatoria al COIP para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha Contra Delitos Informáticos, 2021.
- Morán Espinosa, A. "Responsabilidad penal de la Inteligencia Artificial (IA). ¿La próxima frontera?" Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas 15 (2021): 5-28. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v15n48/1870-2147-rius-15-48-289.pdf>.
- National Sexual Violence Resource Center. "¿Qué es la violencia sexual?" 2012. [https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications\\_NSVRC\\_Overview\\_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf](https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Publications_NSVRC_Overview_Que-es-la-Violencia-Sexual.pdf).
- Ortiz, S., C. Pérez, y L. Solórzano. "La víctima en los delitos contra la integridad sexual." Universidad y Sociedad 12, no. 3 (2020): 353-363. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v12n3/2218-3620-rus-12-03-353.pdf>.
- Pujol Vila, O., C. Fernández Hernández, y P. García Mexía. "Claves de inteligencia artificial y derecho." En Claves de inteligencia artificial y derecho, editado por O. Pujol Vila, C. Fernández Hernández, y P. García Mexía. Madrid, España: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., 2022. <https://elibro.net/es/ereader/uissecuador/226588?page=19>.
- Radio Pichincha; Martínez, S. "En colegio de Los Chillos habrían creado 700 fotos y videos sexuales, con inteligencia artificial." Radio Pichincha, 2023. <https://www.radiopichincha.com/700-fotos-y-videos-sexuales-habrian-creado-con-inteligencia-artificial-en-colegio-de-los-chillos/>.
- Ramírez, L. "¿Cómo crear videos con Inteligencia Artificial? Las 10 mejores herramientas." Escuela de Negocios de la Innovación y los Emprendedores (IEBS), 2024. <https://www.iebschool.com/blog/como-crear-videos-con-ia-mejores-herramientas-tecnologia/>.
- Rouhiainen, L. Inteligencia Artificial. Barcelona: Alienta Editorial, 2018. [https://proassetspdl.com.cdnstatics2.com/usuaris/libros\\_contenido/arxius/40/39307\\_Inteligencia\\_artificial.pdf](https://proassetspdl.com.cdnstatics2.com/usuaris/libros_contenido/arxius/40/39307_Inteligencia_artificial.pdf).
- Santillán Delgado, G., R. Robles Cardoso, y A. García Rosas. "Fundamentos Teóricos en la enseñanza de la teoría del delito en el sistema jurídico mexicano." Revista Derecho Penal y Criminología XXXIX, no. 107 (2018): 103-131.
- Santos Ossa, J. "Inteligencia Artificial y los desafíos de regular el futuro." 23 de julio de 2020. <https://www.carey.cl/wp-content/uploads/filebase/filebase/noticias/Inteligencia-Artificial-y-los-desafios-de-regular-el-futuro-El-Mercurio-Legal.pdf>.
- Valverde Ramos, M. S., M. J. Armijos González, y O. Martínez Pérez. "La tipificación del delito Deepfake Pornográfico en Ecuador y la era de la inteligencia artificial." MQRInvestigar (2024). <https://doi.org/10.56048/MQR20225.8.2.2024.1950-1970>.
- Velasco Núñez, E. Delitos tecnológicos. Cuestiones penales y procesales. Madrid: Wolters Kluwer, 2021. <https://elibro.net/es/ereader/uissecuador/180285?page=24>.

# DERECHO PENAL CENTRAL



## Los programas de cumplimiento en la responsabilidad penal de la persona jurídica

### Compliance programs in the criminal liability of legal entities

KATHERINE FERNANDA BARONA PAZMIÑO

 Universitat de València

#### RESUMEN

La responsabilidad penal de la persona jurídica ha sido un tema abordado desde varios ámbitos, aunque han existido posturas doctrinarias e incluso jurisprudenciales que han cuestionado su cabida en el contexto normativo, la realidad es que el Código Orgánico Penal ecuatoriano a raíz del año 2014 ya contempla la responsabilidad criminal de las corporaciones, en dicho sentido, su estudio se torna indispensable. De la mano con la responsabilidad penal empresarial, aparece la necesidad de discutir sobre la existencia e inclusión de mecanismos de gestión y control de riesgos criminales como son los programas de cumplimiento penal o criminal compliance. Jurídicamente la implementación de estos programas dentro del Ecuador significa la atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica, tal y como se señala en el artículo 49 de la norma penal; sin embargo para que aquello suceda es necesario que se cumpla con una serie de requisitos mínimos que hacen a este mecanismo un traje a la medida adaptado a las necesidades y objetivos de la corporación.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad penal, persona jurídica, cumplimiento penal, riesgos, pena.

#### ABSTRACT

The criminal liability of legal entities has been a topic addressed from various perspectives. Although there have been doctrinal and even jurisprudential positions questioning its inclusion within the normative context, the reality is that the Ecuadorian Organic Criminal Code, since 2014, already contemplates the criminal liability of corporations. In this sense, its study becomes indispensable. Alongside corporate criminal liability, the need arises to discuss the existence and inclusion of mechanisms for managing and controlling criminal risks, such as criminal compliance programs. Legally, the implementation of these programs in Ecuador signifies the mitigation of the liability of the legal entity, as outlined in Article 49 of the Criminal Code. However, for this to happen, a series of minimum requirements must be met, making this mechanism a tailored solution adapted to the corporation's needs and objectives.

**KEY WORDS:** Criminal liability, legal entity, criminal compliance, risks, penalty.



Recibido: 1/11/2024  
Aceptado: 1/12/2024

## INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los ordenamientos jurídicos a nivel global se han preocupado en darle cabida a los conocidos programas de cumplimiento o modelos de gestión de riesgos en el ámbito penal, esto tiene que ver con la aceptación normativa de la “responsabilidad penal de la persona jurídica”, es así que en las siguientes líneas se realizará un pequeño análisis de las principales razones por las que actualmente parece imperativo hablar sobre la reproche penal a la empresa y por lo tanto de “medidas” que permitan evitar aquello, generando de este modo una cultura de cumplimiento en estructuras organizativas principalmente en el ámbito privado.

Autoras como Núñez Castaño señalan que, a partir de los años 50, que es cuando se produce una explosión en la economía mundial, cambia el modelo del mercado tradicional a nivel global<sup>2</sup>; este panorama tiene mucho que ver con el apareamiento de nuevos sujetos activos de conductas delictivas que tradicionalmente estaban reservadas a sujetos físicos como caras firmes del comercio. Desde otra perspectiva, Gómez Tomillo señala que la responsabilidad penal de la persona jurídica encuentra un fuerte fundamento en el ejercicio económico de las empresas dentro de varios territorios, por lo que el individuo físico no siempre estará a disposición de las autoridades de cara a un investigación y peor aún de una acusación formal; de igual manera, en este tipo de estructuras, la actuación de los órganos de dirección es normalmente “invisible”, en ese sentido, el ejercicio de su capacidad de mando generalmente no dejan huellas, trasladando la responsabilidad material a niveles inferiores (personas físicas -dependientes- de menor rango)<sup>3</sup>. En esta línea Gómez Tomillo también establece ciertas cuestiones que le dan mayor vigor a la responsabilidad criminal de la sociedad:

1. Expansión del ejercicio de la actividad económica de la empresa. Más sucursales, con más administradores o encargados, hacen que su estructura sea más compleja y por tanto exista mayor dificultad en el señalamiento de una o varias personas físicas como responsables del cometimiento de determinado delito.
2. El efecto preventivo en el mundo empresarial. Impulsar la creación de programas o sistemas de mitigación de riesgos, que ajusten sus objetivos comerciales a las normas internas de la sociedad, así como del ordenamiento jurídico que rija su ejercicio económico. De ese modo, las empresas se convierten en colaboradores efectivos de la acción preventiva penal del Estado.
3. Mayores ventajas desde el ámbito procesal penal. A diferencia del derecho administrativo sancionador, en el que las facultades de administración, control y sanción son de alguna manera limitadas; en el ámbito penal, por la naturaleza del proceso, la posibilidad de realizar una investigación más rigurosa (recabando más elementos de cargo y descargo) y sancionar a la empresa poniendo límites a derechos fundamentales, es posible. De alguna manera, el autor observa a esta ventaja desde un aspecto de “cero tolerancia” a la impunidad.
4. Finalmente, el autor señala la dicotomía entre la tendencia (y partidarios) de la mínima intervención penal a la hora de hablar de la responsabilidad de la persona jurídica, pues existen figuras que son propias de la dogmática penal y han sido tratadas incluso para la imposición de sanciones en el ámbito administrativo sancionador (delitos de

2 Elena Núñez Castaño. *Responsabilidad penal en la empresa*. 2.ª ed. (Valencia: Tiran Lo Blanch, 2000), págs. 15-16.

3 Manuel Gómez Tomillo. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.ª ed. (Navarra: Aranzadi, 2015), pág. 22.

peligro abstracto, tutela de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos) aún cuando no es el lugar adecuado para su discusión o peor aún para su aplicación. Aunque en apariencia el derecho administrativo sancionador es menos invasivo, la rigurosidad con la que se aplican las garantías de un debido proceso, no son las mismas que en el Derecho Penal; pues al tratarse de un sistema que podría limitar derechos fundamentales, la aplicación de los preceptos constitucionales del debido proceso entregan canales jurídicamente establecidos para reclamar vulneraciones en el proceso de investigación, imputación, sanción y ejecución de la pena<sup>4</sup>. En el Derecho administrativo la rigurosidad en la observancia y aplicación de las garantías constitucionalmente establecidas es más endeble.

Fuera de estos puntos, bastante válidos, que reflejan en parte la razón por la que es necesaria la responsabilidad penal de la persona jurídica, Antonio Roma Valdés señala que hay otros dos factores, también importantes que fundamentan la concurrencia de esta nueva figura; por una parte, la insuficiencia normativa de los Código penales que no encuentran cabida para sancionar nuevas formas de comisión de delitos vinculados con la delincuencia organizada y, por otra, la progresiva presencia de esta forma de responsabilidad en convenios internacionales ratificados por los Estados que exhortan a la creación de normativa adecuada a esta estructura criminal<sup>5</sup>. En la línea con lo señalado, Carbonell Mateu y Morales Prats, comprenden que la justificación tras la cual se ha construido normativamente la responsabilidad criminal del ente colectivo, está ceñida al discurso de lucha contra la corrupción (manejado ampliamente en el ámbito político), la preponderante presencia de los delitos de cuello blanco, y la búsqueda de nuevas vías jurídicas para ejercer el poder punitivo estatal ante el apareamiento de nuevas estructuras de crimen organizado<sup>6</sup>.

Finalmente, una razón de bastante interés sobre la que se asienta la responsabilidad criminal de la empresa, fuera de la globalización de los mercados y el comercio, González Cussac rescata la llamada “Globalización del derecho”, que refiere a la injerencia de instrumentos normativos de carácter internacional público, así como exhortos o recomendaciones realizadas por organismos de relevancia en el ámbito económico. Es decir, la política criminal de un Estado que acoge la responsabilidad criminal de la sociedad, está en gran medida fundamentada en presiones de organismos de carácter privado bajo la consigna de una posible preocupación en la creciente corrupción generada en el mundo empresarial<sup>7</sup>. Por su puesto, esto ha dificultado el previo análisis dogmático de categorías (tradicionales) del delito bajo la luz de su aplicación o no a este “nuevo” modelo de responsabilidad penal.

Lo cierto es que, en países como España, así como en el contexto ecuatoriano, para hablar de la responsabilidad penal de la persona jurídica es necesario analizar los criterios normativos del derecho anglosajón, pues en Estados Unidos ya en los años 20’s a los 50’s<sup>8</sup>, se entendió este nuevo fenómeno del Derecho penal e hizo de su expansión algo evidente. Casos

4 Manuel Gómez Tomillo, *Introducción...cit.*, págs. 22-23

5 Antonio Roma Valdés. *Responsabilidad de las personas jurídicas: manual sobre su tratamiento penal y procesal*. 1.ª ed. (Madrid: Rasche, 2012), págs. 15-16.

6 Juan Carlos Carbonell Mateu y Fermín Morales Prats, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ed. Por F. Álvarez García- J. L. M. González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 55-86, pág. 56.

7 José Luis González Cussac, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, 1.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), pág. 31

8 María Ángeles Villegas García, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: la experiencia de Estados Unidos*, 1.ª ed. (Navarra: Aranzadi, 2016), p.130 y ss.

de gran relevancia como WATERGATE, LOCKHEED, ARTHUR ANDERSEN/ENROM; SIEMENS<sup>9</sup>, empresas de importante trascendencia económica, en cuyo interior se estaban cometiendo los que eran probablemente los casos de fraude y corrupción empresarial más grandes de la historia; pero no solo eso, sino que, el nivel de corrupción era tal, que como señala Nieto Martín y Lascurain Sánchez, la delincuencia empresarial escaló a niveles internacionales para la década de los años 70's, por lo que en respuesta de aquello nace la Ley estadounidense de Prácticas de Corrupción en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*) que establece la obligación de adoptar controles internos para evitar la corrupción<sup>10</sup>. Importante lineamiento normativo para entender lo que ahora se conoce como *criminal compliance*, tema que se abordará en las siguientes líneas.

## EL COMPLIANCE

El denominado *criminal compliance* se deriva del genérico *corporate governance* (gobierno corporativo o gobernanza corporativa), por supuesto ambos temas han sido ampliamente discutidos en el Derecho Penal Económico<sup>11</sup>. De manera literal se hace referencia a un cumplimiento de la normativa que regula el actuar de una corporación, sin embargo, y como se profundizará más adelante, su aplicación incluye eslabones de complejo análisis. Si bien la traducción literal de "compliance" parece ser cumplimiento, autores como Prittwitz señalan que, a efectos de lo estudiado, este concepto se entiende como "cumplir con", y más allá de eso se refiere a lo que es "jurídicamente debido"<sup>12</sup>. Estos conceptos son justamente los que marcan el inicio de la segregación que existe entre cualquier norma de cumplimiento (normas ISO) y un verdadero mecanismo de gestión de riesgos o programa de cumplimiento penal que, si bien en algún punto de la ejecución del programa se pueden encontrar, su naturaleza es distinta.

El *legal compliance* hace referencia a una actitud de obediencia y respeto hacia las normas jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico, así como aquellas que, en su potestad autorregulativa, la empresa ha integrado en su organización. Por lo tanto, estas normas se traducen en la expresión de la voluntad general (de la estructura que ha tomado la decisión de implementar una cultura de cumplimiento), por lo que, ontológicamente, es una actividad incrustada en el Derecho, llegando incluso a entenderse como una materia del mismo<sup>13</sup>. En la línea de lo señalado, es necesario puntualizar que, aunque las reglas de satisfacción son aquellas generadas por la empresa en su deber/potestad de autorregulación, estas deberán ceñirse al conjunto de normas de carácter externo e incluso a disposiciones de carácter internacional adoptadas por el Estado en el que la corporación realiza sus actividades económicas.

Tal como se ha señalado en párrafos anteriores, el origen del *criminal compliance* se encuentra sin duda en el marco del desarrollo de la actividad económica empresarial privada. Es ahí donde su ejecución ha adquirido gran relevancia, especialmente en los últimos años; sin embargo, no se puede descartar su observancia en organismos del sector público,

9 José Luis González Cussac, *Responsabilidad...*, cit., pág. 34.

10 Adán Nieto Martín y Juan Antonio Lascurain Sánchez, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 1.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), p. 28.

11 Iván Navas Moncada, "Recensión a Bacigalupo Enrique, Compliance y Derecho Penal", *Política Criminal* 7 (2012): 480-488, [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_14/Vol7N14R1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14R1.pdf), pág. 480.

12 Cornelius Prittwitz, *La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers*, (Madrid: Marcial Pons, 2013), pág. 208.

13 Fabián I. Balcarse y Rafael Berruezo, *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*, 2.ª ed. (Montevideo: BdF. 2016), pág. 140.

con ciertos ajustes a los elementos que tradicionalmente forman parte de un programa de cumplimiento penal. Ahora bien, debido a la estructura y organización que tradicionalmente maneja la administración pública, figuras como el oficial u organismo de cumplimiento no podrían tener la naturaleza requerida para que el programa tenga absoluta eficacia; no obstante, otras, como la matriz de riesgo, no solo son útiles, sino que incluso son imprescindibles de cara a la gestión y control de conductas delictivas que tradicionalmente se han concretado en esferas del sector público.

Actualmente, desde la estructura estatal, se ha incentivado la implementación de mecanismos de mitigación y control de riesgos criminales en esferas privadas, esto con el objetivo de minimizar el impacto de conductas que realmente no llegan a ser criminales (y de intervención imperativa de los organismos públicos del caso) y pueden ser vigiladas o controladas dentro de la propia corporación. En ese sentido, Silva Sánchez por ejemplo, señala que el compliance también significa autovigilancia, dejando en claro que bajo ningún concepto se pretende con esto limitar el poder de control y sanción que tienen los órganos del Estado sobre las empresas<sup>14</sup>, al contrario, refuerza su trabajo y permite que la empresa pueda desarrollar sus actividades económicas con apego a la normativa que rige a la sociedad en general, pues ese poder “transferido” (y compartido) llega acompañado con la posibilidad de sancionar conductas riesgosas para la empresa que en futuro podrían traducirse en verdaderas lesiones a bienes jurídicos penalmente protegidos. Justamente el *criminal compliance* afianza estos conceptos y descongestiona el arduo trabajo que por fuera (entendiendo a la empresa como una suerte de pequeño Estado) tiene el ente formal estatal.

Bajo la concepción de lo expuesto en el apartado anterior, Coca Vila señala a la autorregulación como mecanismo necesario para disciplinar de manera conveniente la actividad empresarial, resultando incluso insuficiente la pura heterorregulación (control y regulación exclusivamente estatal) en las estructuras societarias que no tenían ningún protagonismo en lo que a prevención y gestión de riesgos se refiere<sup>15</sup>. El autor distingue dos principales causas sobre las que actúa este fenómeno: 1) La especialización y la profesionalización de los sectores empresariales, por lo que frente a estructuras organizativas más complejas los sistemas de heterorregulación por si solos resultan inviables; y, 2) La crisis del Estado social que en la actualidad ya no soporta los altos costes que implica la ejecución de procesos de regulación, supervisión y sanción<sup>16</sup>. Sin embargo, tal y como se ha referido en líneas anteriores, siempre se hablará de una autorregulación regulada por cuanto no se pretende establecer medidas “desreguladoras” sino más bien mejorar cualitativa y cuantitativamente<sup>17</sup> la regulación del Estado en virtud del poder punitivo que constitucionalmente le corresponde ejercer a través de las entidades de control y sanción correspondientes.

El *criminal compliance* y cada uno de sus elementos, le entrega a la empresa una suerte de pequeño Estado, con la posibilidad de autorregularse entendiendo un concepto micro de lo que se conoce como *autopoiesis*, cuyo alcance va mucho más allá de una simple potestad de regulación propia, esto incluye una relación compleja entre la estructura de la empresa,

14 Jesús-María Silva Sánchez y Raquel Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 1.ª ed. (Barcelona: Atelier, 2013), págs. 13-14.

15 Ivó Coca Vila, “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, coord. Raquel Montaner Fernández (Barcelona: Atelier, 2013), págs. 45-46.

16 Ivó Coca Vila, *¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?... cit.*, pág. 46.

17 José Esteve Pardo, “El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del Caballo de Troya”, en *Autorregulación y sanciones*, coord. Arroyo Jiménez/Nieto Martín (Madrid: Lex Nova, 2013), págs. 39 y ss.

sus operaciones o procesos (para cumplir sus objetivos), así como la creación de normativa ceñida a lo que establece el ordenamiento jurídico general y la capacidad de decisión frente a conductas que lastimen todo ese conglomerado de normas (internas o externas); todo esto a modo de un hilo conductor que se relaciona entre sí y cuyo medio de conexión es la comunicación<sup>18</sup>. En ese sentido, la empresa aparece como un sistema distinto y apartado de lo que son los miembros que individualmente forman parte de esta (sujetos físicos), pues, aquellos pueden cambiar, pero la empresa conservará su identidad.

## EL COMPLIANCE EN EL CÓDIGO ÓRGANICO INTEGRAL PENAL

Desde una perspectiva normativa, el compliance dentro del Ecuador tiene como antecedente la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica dentro del Código Orgánico Integral Penal; es así que, a partir del año 2014 se incluye el artículo 49 que regula este tema y en lo que respecta a los modelos de gestión de riesgos se establece:

**Artículo 49.-** Responsabilidad de las personas jurídicas.-

(...)

La responsabilidad penal de la persona jurídica **se atenuará** de conformidad con el número 7 del artículo 45 del presente Código. Los sistemas de integridad, **normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión**, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas:

1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;
2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;
3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;
4. Modelos de gestión financiera;
5. Canal de denuncias;
6. Código de Ética;
7. Programas de capacitación del personal;
8. Mecanismos de investigación interna;
9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;
10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,
11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia.

(La negrita no corresponde al texto original)

18 Niklas Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, 2.ª ed. (México: Herder-Universidad Iberoamericana. 2006), pág. 29

A diferencia de países como España, el contexto penal ecuatoriano no concibe al compliance o a los modelos de prevención penal como una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica sino solo como atenuante. Así también es importante resaltar que, a modo de “checklist” el artículo citado señala todos los elementos mínimos necesarios para que la responsabilidad de la persona jurídica sea atenuada. Sin embargo, es importante recalcar que el programa de cumplimiento penal empresarial, a diferencia de cualquier normativa general de cumplimiento, será un traje a la medida dependiendo la actividad económica, estructura, organigrama y en general de las circunstancias que, al igual que un sujeto físico, distinguen a cada corporación.

En razón de los elementos expuestos dentro del artículo 49, es importante hacer un análisis de cada uno, pues son aquellos la referencia obligatoria de los prestadores del servicio de diseño, construcción e implementación del *criminal compliance*. Cada uno de estos componentes son necesarios, sin perjuicio de que a medida o en virtud de las necesidades de la empresa, se requiera la implementación de más controles.

## ELEMENTOS MÍNIMOS NECESARIOS DEL COMPLIANCE

*Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo. Matriz de Riesgos.*

El mapa de riesgos, también conocido como matriz de riesgos, es sin duda el corazón y pieza clave del programa de cumplimiento; como elemento del *criminal compliance* se traduce en el instrumento a raíz del cual se conoce a profundidad a la empresa con total atención a sus deficiencias o puntos débiles. En esta fase del programa parece imprescindible el conocimiento del profesional a cargo de ejecutar la misma, pues es a la matriz de riesgos la “radiografía empresarial” que permitirá estructurar todos los controles necesarios para mitigar y controlar aquellas alertas que puedan significar un peligro penalmente relevante para la corporación.

La matriz de riesgos pone en manifiesto el “apetito de riesgo” que la empresa tiene frente a cada operación o actividades realizadas dentro de su ejercicio económico. Para hablar de este punto es necesario conocer en primer lugar la misión y visión de la organización; así también hay que analizar sus objetivos, los que se traducen en aquellos de carácter económico/financiero, operacionales, reputacionales y de cumplimiento. Si una organización ya considera dentro de su estructura la necesidad de incluir y trabajar en objetivos de cumplimiento normativo, sin duda el modelo de gestión de riesgos o programa de cumplimiento será mucho más digerible porque seguramente ya existen de alguna manera mecanismos de interiorización de una cultura de cumplimiento.

González Cussac plantea siete criterios a considerar como parte de la metodología a seguir al momento de elaborar el mapa de riesgos<sup>19</sup>:

1. Complejidad: Evaluar el modelo de desarrollo económico que maneja la empresa, su estructura o incluso las dificultades legales que esta tenga para mantenerse o expandirse en el mercado.
2. Indicadores de riesgos internos: Identificar los posibles rastros de cumplimiento que tenga la empresa, previo a la elaboración del *criminal compliance*, es decir, todos aquel-

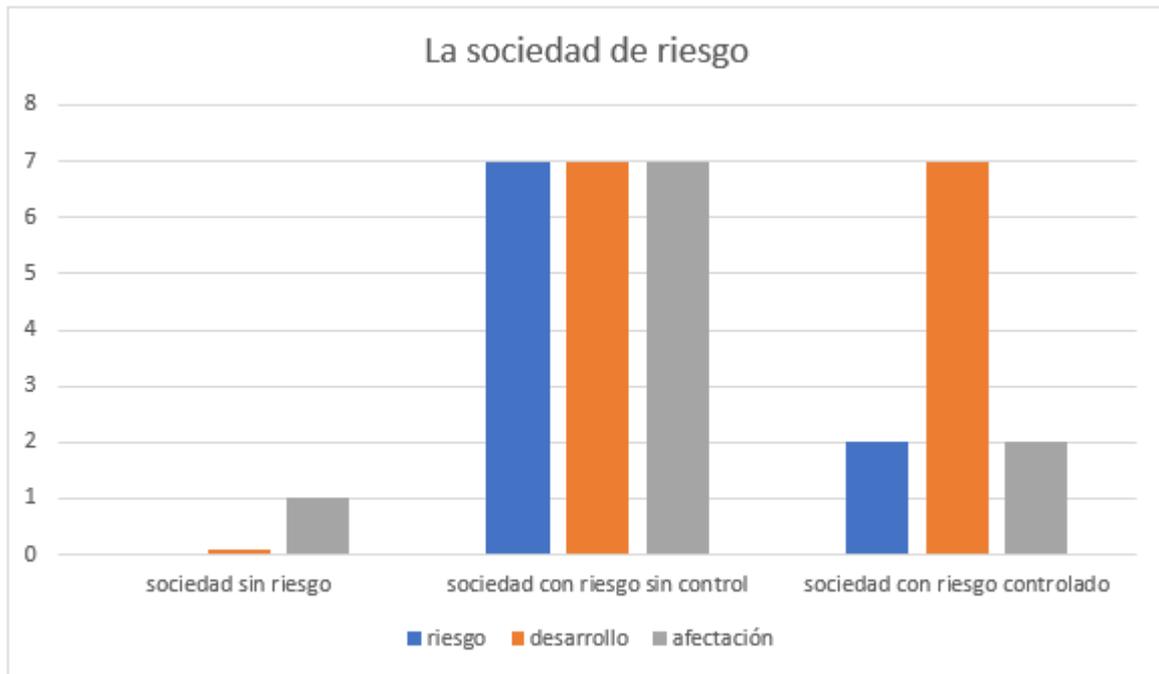
<sup>19</sup> José González Cussac, “Criterios básicos para elaborar un mapa de riesgos frente a la corrupción”, en *Criminal Compliance Programs y mapa de riesgos*, ed. Por Ángela Matallín Evangelio y Antonio Fernández Hernández (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023), 51-62, pág. 58.

los protocolos, normas internas o incluso la verificación de un programa anterior relativo al cumplimiento empresarial.

3. Indicadores de riesgos externos: Hace referencia a todo el entorno ajeno a la empresa pero que es de importante referencia a la hora de desarrollar sus actividades. Estudio de la situación general, incluida la jurídica, de las empresas que manejan la misma complejidad o ejercicio económico.
4. Entorno: Principal referencia al estudio de la novedad o complejidad de las actividades que realiza la empresa y si estas requieren de una mayor especialización o el uso de nuevas tecnologías, situación que sin duda debe ser considerada a la hora de organizar a la sociedad, evaluar conductas riesgosas e implementar las medidas adecuadas para mitigar las mismas.
5. Empleados: Considerar las habilidades y preparación del equipo de trabajo que forma parte de la empresa, y las posibles políticas que ayuden a su entrenamiento, así como los filtros a implementar para la contratación de personal.
6. Procesos de trabajo internos: Las medidas que se consideren necesarias para mitigar los riesgos evidenciados dentro del mapa de riesgos, deben considerar la automatización de ciertos procesos, esto con la finalidad de que el sistema de control interno mantenga sintonía con las actividades necesarias para el funcionamiento de la empresa.
7. Impacto a derechos fundamentales: La consideración de las conductas riesgosas para la empresa y la implementación de las medidas que las mitiguen, deben mantener total armonía con los preceptos, principios y normas del ordenamiento jurídico que rigen el actuar de la compañía, evitando así afectar los derechos del personal que la conforma o de terceros interesados.

Ahora bien, la matriz de riesgos cumple dos funciones, en primera instancia y como se advirtió, expone a la empresa en sus puntos débiles y, en segundo lugar, marca las pautas bajo las cuales se implementará un sistema de control interno que permita mitigar y controlar los riesgos previamente evidenciados. En ambas fases, conocer el llamado “apetito de riesgo” es importante, pues es a partir de ese conocimiento que la empresa y el prestador del servicio (persona o entidad encargada de diseñar el modelo de gestión de riesgos) va a trabajar en la implementación de una cultura y medidas de cumplimiento robustas o débiles; es decir, lo más probable es que si el apetito es mayor, los mecanismos de control interno serán menores, mientras que si la capacidad de riesgo que la empresa está dispuesta a asumir es menor, el sistema que implementará para controlar las actividades riesgosas será complejo y por su puesto requerirá de más inversión por parte de la entidad empresarial.

La teoría conocida como “la sociedad de riesgo”, pertinente cuando se habla del análisis y gestión de riesgos empresariales, entiende el progreso o desarrollo de la sociedad como beneficioso porque ha permitido el avance de esta hacia su modernización, mayores comodidades, trabajo, riqueza, entre otros; sin embargo, este desarrollo a su vez implica la generación de riesgos, algunos considerados como “necesarios” y otros previsibles y, por tanto, controlables. A continuación, quien suscribe este trabajo, ha desarrollado un pequeño gráfico que ilustra de mejor manera este tema.



Fuente: Elaboración propia.

Como se puede observar, existen tres apartados bien diferenciados. La columna azul, hace referencia al riesgo aceptado por una sociedad, el segundo tiene que ver con el desarrollo, modernización o cumplimiento de objetivos de conformidad con ese riesgo previamente admitido, finalmente el tercero hace referencia a la afectación que tanto el riesgo permitido, así como el progreso de la sociedad, pueden ocasionar en la colectividad. Asimismo, se han identificado tres escenarios: la situación en una sociedad sin riesgo, sociedad con riesgo sin control y el “ideal” de una sociedad con un riesgo controlado.

Después de describir el gráfico expuesto, su interpretación resulta más digerible. Una sociedad sin riesgo es básicamente imposible, pues eso sin duda significa un estancamiento en su desarrollo o modernización, y el ser humano por su naturaleza tiene la necesidad de descubrir cosas y modernizarse; de la mano con su avance aparecen nuevos retos que tienen que ser aceptados, sin embargo, aunque muchos de ellos son necesarios y no pueden desvincularse, es importante que existan controles con la finalidad de que la afectación a la comunidad sea mínima, en cualquier caso ni el riesgo ni la afectación pueden ser nulas ya que de ser así nos encontraríamos en el primer escenario siempre.

En virtud de lo señalado, parece ser que tanto el primero como el segundo panorama no son los más aceptables o convenientes, es así que, en el segundo caso, aunque el desarrollo es importante, sin un debido control del riesgo las afectaciones también serán considerables. Lo conveniente en cualquier contexto es un desarrollo controlado, los riesgos siempre van a existir, y mientras el apetito de riesgo sea menor, con los controles adecuados, la afectación también será menor. Esta teoría es fácilmente aplicada en estructuras de menor rango como es la empresa, su entendimiento resulta interesante a la hora de implementar programas de cumplimiento y más específicamente en el diseño de la matriz, así como de los controles para mitigar los riesgos considerados dentro de la misma.

Ahora bien, si bien la matriz de riesgos es solo una parte de lo que doctrina, jurisprudencia internacional e incluso la misma normativa penal ha señalado como un programa de gestión de riesgos penales, su inclusión y estudio resulta fundamental pues como ya se señaló en líneas anteriores, sin este elemento resulta imposible conocer las debilidades de la empresa y protegerla frente a estas.

El mapa de riesgos se entiende también como un “acto de reflexión” de la persona jurídica, pues si bien evidencia sus debilidades, también analiza sus fortalezas, es decir todas aquellas medidas que ha implementado la empresa con anterioridad a la ejecución de un programa de cumplimiento penal; estos dos aspectos -positivos y negativo- son de importante estudio para considerar sus riesgos inherentes (nivel de riesgo antes de tomar medidas para controlar el mismo), así como identificar la propuesta más idónea de cara a la implementación de un sistema de control interno que más se ajuste a sus necesidades y, más importante aún, obteniendo resultados que le otorguen “idoneidad” al programa de cumplimiento. En esa línea se han pronunciado varios autores interesados en el tema, al señalar que la *risk matrix* permite evaluar la efectividad de los procesos internos de la empresa, cuya eficaz o ineficaz gestión de riesgos pudiera afectar considerablemente a los objetivos planteados por la entidad<sup>20</sup>.

El diseño formal de la matriz de riesgos puede variar ligeramente de conformidad con la complejidad de la empresa o comodidad de análisis y valoración de los riesgos. Sin embargo, de manera general los siguientes criterios son fundamentales para de alguna manera entender un “mapa de riesgos” establece, completo y a raíz del cual se puede trabajar controles internos dentro de la estructura empresarial:

- Área: Dentro del organigrama de la empresa, el lugar en donde se puede efectuar el riesgo.
- Línea de mando: Antes, durante y después de la elaboración de la matriz de riesgos, es necesario tomar en cuenta un modelo de defensa adecuada de cara a la efectivización de los controles internos empresariales. Más adelante, dentro del análisis del “sistema de control interno”, se expondrá este tema con mayor especificación; sin embargo, dentro de este criterio de la matriz de riesgos, la línea de mando será siempre la primera línea de defensa en donde reposa la ejecución de la actividad riesgosa.
- Riesgo clave: En un programa de cumplimiento penal, para considerar el riesgo clave es necesario estudiar de todo el catálogo de delitos, aquellos que establecen una responsabilidad para la persona jurídica. A partir de este análisis y en relación con cada actividad u operación considerada dentro de la empresa, se señala el riesgo clave que se comprenda por cada área y línea de mando.
- Consideraciones del riesgo: Son situaciones fácticas relacionadas a la información previamente obtenida por parte de la empresa, así como aquellos supuestos en los que, de realizarse, la materialización de un delito sería probable.
- Probabilidad del riesgo: Dependiendo la metodología utilizada para realizar la matriz de riesgos, en este punto se levantan pequeñas matrices que deberán estar de conformidad con el contexto e información empresarial previamente obtenida por cada área y actividad realizada dentro de la misma. La o el profesional con conocimiento de derecho y cumplimiento evaluará la posibilidad, ya sea cualitativa (bajo medio o alto) o cuantitativa (en porcentajes o valores como) de que esa actividad de ejecute.

20 José León Alapont, *Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), pág. 113

- Impacto del riesgo: Para calcular el impacto es necesario estudiar las sanciones que se establecen para cada delito, se deberá evaluar el impacto de la materialización de esa actividad riesgosa en los objetivos previamente planteados por la empresa, principalmente en lo que tiene que ver con su objetivo operacional ya que existen penas que podrían limitar o incluso cancelar una o varias actividades de la empresa, mismas que son importantes para su funcionamiento y crecimiento económico.
- Riesgo inherente: Dentro del mapa de calor se posicionan cada uno de los valores obtenidos en la fase de probabilidad, así como de impacto, y a modo de mapa cartesiano se fija el resultado mismo que es comprendido como “riesgo inherente”.
- Actividades de control: es el diseño de un sistema de control interno en el que se establecen medidas necesarias para mitigar o controlar el riesgo inherente previamente obtenido.
- Frecuencia: la medida en la que se repite esa actividad de control del riesgo cualificada o cuantificada según la metodología utilizada dentro de todo el desarrollo de la matriz.
- Responsable: Persona o personas encargadas de ejecutar el control (primera línea de defensa).
- Riesgo residual: resultado del riesgo focalizado dentro del mapa de calor una vez se han ejecutado los controles internos que mitigan o controlan en riesgo.

*Sobre la supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales. Monitoreo y actualización del programa.*

El monitoreo o revisión del programa es una parte que muchas veces no se considera, sin embargo, a la hora de evidenciar la eficacia del mismo en sede judicial, resulta imprescindible. La empresa se desarrolla con el dinamismo de la sociedad misma, las normas o lineamientos que rigen su actuar también son cambiantes; en su afán de crecer su estructura también se vuelve más compleja y, en general, ninguna persona jurídica es estática o permanece en el tiempo sin cambio alguno.

La revisión del programa le permite a la empresa “actualizarse”, ya sea por la estimación de mejorar el desarrollo de los procesos operativos, o incluso para considerar o reaccionar ante cambios o fallos que pongan en riesgos el correcto funcionamiento del programa. El tiempo o periodicidad con la que se practicará esta actividad es bastante difusa y sin duda no hay un acuerdo al respecto, lo que es normal, pues esto siempre dependerá de cada caso y del dinamismo con el que la empresa ejecute sus actividades. De igual manera, es importante no confundir la evaluación de los riesgos que se consideran en la matriz, frente a los demás elementos que integran el programa; la primera es una actividad más específica que requiere incluso la verificación de la eficacia de los controles implantados para mitigar las actividades consideradas como riesgosas, así como eliminar todas aquellas que ya no representan un peligro considerable penalmente para la empresa<sup>21</sup>.

21 Alain Casanovas Ysla, “La norma UNE 19601 y los requisitos del Código Penal”, en *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, ed. Por Carlos Gómez Jara Díez (Cizur Menor : Thomson Reuters-Aranzadi, 2018), 887-916, pág. 915.

*Sobre los controles internos con responsables para procesos que representen riesgo. Sistema de control interno.*

Una vez se han identificado las actividades riesgosas y penalmente relevantes para la empresa, es necesario trabajar en el diseño de todos aquellos mecanismos que lograrán mitigar o controlar, de manera efectiva, las situaciones que colocan a la entidad en una situación de vulnerabilidad. El control interno se define como aquella función que se incorpora a la organización de manera integral, por lo que su atención no está enfocada en una sola dirección o área; esto en virtud de que el sistema de control interno tiene como finalidad detectar de manera oportuna cualquier desviación a los objetivos planteados por la empresa, mismos que como ya se detalló en un momento dentro del presente trabajo, están orientados en los siguientes ejes: financiero/económico, operacional/estratégico y de cumplimiento.

Las principales funciones del sistema de control interno radican en las siguientes:

1. Desde un aspecto económico: proteger los recursos de la empresa consiguiendo de este modo una adecuada administración ante posibles riesgos que puedan afectar su funcionamiento;
2. Garantizar que las operaciones y actividades dentro de cada área de la empresa se realicen con estricto apego a estándares de eficiencia y eficacia para de ese modo cumplir con las metas y objetivos planteados previamente por la entidad;
3. Cumplir con la correcta vigilancia y seguimiento de la gestión organizacional;
4. Documentación de cada actividad: el control interno permite asegurar que los registros e información generada en la ejecución del programa sean elaborados y presentados de manera oportuna, con la confiabilidad y seguridad del caso;
5. Como función fundamental el sistema de control interno define y aplica todas aquellas medidas necesarias para prevenir y mitigar los riesgos penalmente relevantes y existentes dentro de la empresa, así como también detectar y corregir errores que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos;
6. Generación de mecanismos de verificación, evaluación o monitoreo de las actividades que se realizan en cada área de la empresa<sup>22</sup>.

Los controles que se diseñen para la empresa, estarán estrechamente relacionados con las actividades de riesgos que se hayan considerado previamente dentro de la matriz. Tan importante es el ambiente de control que se genere para la empresa, pues de este (fuerte o débil ambiente) dependerá el cálculo del riesgo residual dentro de la matriz, así como la mitigación de cada riesgo que sea relevante de cara a prevenir una posible materialización de conductas sancionadas dentro del ámbito penal.

A fin de obtener un control y mitigación efectiva de riesgos es importante atender a una estructura de "líneas de defensa", pues tal y como se señaló en líneas anteriores, el control interno engloba a la totalidad de la empresa y sus colaboradores, desde la más alta dirección o cúspide de la pirámide organizacional. Un planteamiento adecuado respecto a la estructura de las líneas de defensa se presenta a continuación:

<sup>22</sup> Walter M. Mendoza-Zamora et al., "El control interno y su influencia en la gestión administrativa del sector público", *Dominio de las Ciencias* 4, n.º4 (2018): 206-240, [https://uc3m.libguides.com/guias\\_tematicas/citas\\_bibliograficas/chicago#s-lg-box-wrapper-13338374](https://uc3m.libguides.com/guias_tematicas/citas_bibliograficas/chicago#s-lg-box-wrapper-13338374), pág. 216.

1. Primera línea: ejecución del control/gestión del riesgo.
2. Segunda línea: experiencia, apoyo y supervisión hacia la segunda línea.
3. Tercera línea: Asesoramiento independiente, esta línea está normalmente en manos del área, persona y organismo de cumplimiento.
4. Organismo de gobierno: recae aquí la máxima responsabilidad de supervisión de la organización, por lo que contribuye con valores de liderazgo, integridad y transparencia, además de entregar y recibir información “hacia” y “desde” las líneas de defensa detalladas haciendo que la entidad sea funcional y todos estén involucrados en la consecución de los objetivos empresariales.

#### *Sobre los modelos de gestión financiera*

Este es un paso previo a la propia ejecución del programa en virtud de que será la empresa quién entregará el compromiso claro de gestionar los recursos necesarios para que el programa se aplique de conformidad con el modelo diseñado. Como ya se ha destacado en reiteradas ocasiones, la intención de implementar una verdadera cultura normativa por parte de la empresa, requiere una inversión importante de recursos, a fin de que el programa resulte eficaz y no en un simple “*paper compliance*”. De hecho, Serrano Zaragoza establece que parte de la acreditación de eficacia del *compliance* implementado en la empresa tiene mucho que ver con la inversión realizada por esta en la prevención y detección de delitos de conformidad con los siguientes parámetros<sup>23</sup>:

1. Capacidad económica de la organización.
2. Complejidad en su estructura con la posibilidad de generar mayores o menores incumplimientos o situaciones de riesgo.
3. Capacidad del *criminal compliance* implementado para reducir la probabilidad de materialización de conductas penalmente riesgosas.
4. Coste económico de los delitos que se podrían producir por no adoptar medidas de prevención y control en el programa.

#### *Sobre el canal de denuncias*

El canal de denuncias o también conocido como línea de *whistleblowing* es un mecanismo esencial dentro del programa de cumplimiento que es implementado por la empresa para receptor y tramitar a través de la investigación interna las denuncias o quejas por parte de los colaboradores, proveedores o en general de cualquier persona que tenga un interés en las actividades que realiza la empresa y representan un riesgo ya sea para esta o para la sociedad, respecto a ciertas actividades o comportamientos que se realizan al interior de la organización y que constituyen una infracción a las normas y políticas que rigen su actuar.

Este mecanismo de gestión de quejas es más antiguo y su origen está sentado en el derecho anglosajón. En la actualidad son varias las empresas que tienen implementado en su estructura un canal de denuncias; sin embargo, no poseen un programa concreto de gestión de riesgos penales. En conjunto, es decir, con la inclusión de un canal de denuncias específi-

<sup>23</sup> Óscar Serrano Zaragoza, “Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores sociales tras la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en *Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores*, coord. Manuel Ruiz de Lara (Madrid:Wolters Kluwer, 2018), 17-112, págs. 39-40.

co para la recepción y gestión de las quejas presentadas, es posible que el programa sea más eficaz en materia de prevención de delitos y la llamada “lucha contra la corrupción”<sup>24</sup>.

La ejecución de esta medida debe ser parte de la integración de la cultura de cumplimiento dentro de la organización por lo que en teoría su imposición no es compatible con el modelo de *compliance* basado en la ética, el diálogo, la transparencia e interiorización de los colaboradores con los valores acogidos por la entidad; aquello respondería a una dinámica propia de un régimen autoritario y su consideración alejaría a la organización de los objetivos reales del programa de cumplimiento<sup>25</sup>.

Dentro del programa, debe existir una política que establezca las medidas de protección para todos aquellos que con un vínculo profesional o laboral han decidido denunciar o suministrar información sobre infracciones de las que hayan tenido conocimiento justamente por el contexto en el que ejercen sus actividades y es precisamente por esa razón que su exposición los hace más vulnerables<sup>26</sup>. Este sin duda es el mejor incentivo para que exista un efectivo ejercicio del canal, ya que sin las garantías adecuadas para el informante es poco probable su uso. Sobre este aspecto son dos los enfoques principales que debe considerar el diseño y política del canal de denuncias: 1) Garantía de confidencialidad sobre la identidad de las personas que hayan realizado una comunicación a los órganos de control interno, y; 2) Garantía de protección ante cualquier amenaza o acción hostil en contra del informante (más aún si existe una evidente relación de poder)<sup>27</sup>.

Como requisitos importantes dentro de la política del canal de denuncias se deberían considerar los siguientes<sup>28</sup>:

1. La determinación de las personas que pueden tener acceso al sistema de denuncias;
2. Las garantías respecto a la protección de la persona denunciante, en este punto se deberá considerar e informar sobre la posibilidad de guardar el anonimato o la confidencialidad que se le dará a la identidad del denunciante;
3. El canal de denuncias debe considerar las facilidades para la persona denunciante, evitando de este modo que el proceso de denuncia sea engorroso y así muy al contrario de incentivar la comunicación de irregularidades, limitarla;
4. El detalle del proceso de recepción y gestión de la denuncia, con la posibilidad de establecer plazos y los filtros por los que pasará la misma con la finalidad de transparentar su tratamiento;
5. En todo caso es importante que se garantice la protección de los datos de las partes, y además manejar cada fase de manera documentada desde la presentación de la denuncia.

La gestión de la investigación, así como sus resultados, de conformidad con el principio de comunicación del *compliance*, debe ser puesto en conocimiento por escrito a las partes intere-

24 Juan Jorge Gili, “Canal de denuncia de irregularidades en la empresa”, en *Practicum compliance*, ed. Por Xavier Ribas, Paula Gómez, José Luis Pérez (Navarra: Aranzadi, 2018), 299-312, pág. 299.

25 Beatriz García Moreno, “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ed. Por Adán Nieto Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 204-230, pág. 220.

26 Bernardo del Rosal Blasco, *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. 2.ª ed. (Madrid: La Ley, 2023), pág. 340.

27 Isidoro Blanco Cordero, “La prevención del blanqueo de capitales”, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ed. Por Adán Nieto Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 433-492, pág. 486.

28 José León Alapont, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco de compliance corporativo*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023), pág. 222.

sadas. Este proceso debe cumplirse en plazos razonables y cada paso estará incorporado en el registro que corresponda con la finalidad de que la ejecución de esta parte del programa se encuentre documentada de manera eficaz<sup>29</sup>.

### *Sobre el código de ética o conducta.*

Si de otorgarle un concepto al código de conducta se trata, se puede entender a este como un instrumento cuyo núcleo recoge las principales reglas que rigen las actividades y prácticas de la empresa; además, su naturaleza recoge los valores, principios y cultura de cumplimiento que la entidad decida pregonar a la hora de implementar un programa de cumplimiento. Sobre este elemento del *compliance* se dice:

La elaboración del código de conducta, o código ético, es el pilar fundamental de un programa de compliance. La implementación de un código de conducta adecuado genera confianza y credibilidad en las relaciones internas y externas de la organización, atrae a personas socias, proveeduría, personas beneficiarias, y personal, mejora la satisfacción de sus personas colaboradoras, y de manera general, la reputación de la entidad<sup>30</sup>.

El código de ética entonces, se entiende como aquel conjunto de normas morales y legales; morales en tanto regulan la conducta de la persona y, legales, cuando su contenido explica preceptos que regulan unitariamente una materia determinada<sup>31</sup>. Lo que en esencia debe manifestar el código de ética se centra en cuatro puntos:

1. Estructura de la toma de decisiones;
2. Comportamiento de la organización;
3. Relación de la empresa con los stakeholders;
4. Valores<sup>32</sup>.

El código de ética es también conocido como código de conducta porque refleja el comportamiento esperado por parte de la empresa, sus *shareholders* así como también por parte de sus *stakeholders*; es decir, el decálogo de lo que esperamos sea correcto para la empresa. Como suerte de pequeño Estado, el código de conducta se convierte en la máxima norma de obligatoria observancia por parte de la entidad, sus colaboradores y terceros interesados que se involucren en la actuación de la sociedad. Esto, sin embargo, no exime del acatamiento estricto de las normas que, por fuera de la organización, rigen el actuar de la misma; es decir, la Constitución, y demás normas, reglas o reglamentos imperativos para que la empresa pueda existir, funcionar y permanecer.

29 Bernardo del Rosal Blasco, *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), pág. 295.

30 World Compliance Association, "El código de conducta en el tercer sector", *Biblioteca Compliance*, junio 2021, [https://bibliotecacompliance.com/wp-content/uploads/2021/07/FASC4-CO%CC%81DIGO-CONDUCTA\\_V5.pdf](https://bibliotecacompliance.com/wp-content/uploads/2021/07/FASC4-CO%CC%81DIGO-CONDUCTA_V5.pdf)

31 Elisabet Escayola Maranges, "Código ético", en *Practicum compliance*, ed. Por Xavier Ribas, Paula Gómez, José Luis Pérez (Navarra: Aranzadi, 2018), 97-117, pág. 97.

32 Elisabet Escayola Maranges, "Código ético", en *Practicum compliance*, ed. Por Xavier Ribas, Paula Gómez, José Luis Pérez (Navarra: Aranzadi, 2018), 97-117, pág. 97

*Sobre los programas de capacitación del personal y la obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos.*

Parte fundamental para garantizar la continuidad y eficacia del *criminal compliance*, es que el oficial u organismo de cumplimiento, por si mismo o a través de encargados, realice una comunicación continua del sistema, sus elementos e intenciones, con la finalidad de que su práctica sea interiorizada y no se considere como una “obligación” por parte de los colaboradores de la empresa, ya que otro principio fundamental del programa es justamente la voluntariedad en su aplicación. Es por esa razón que resulta esencial el elemento de “programas de capacitación del personal” que refiere el código y discutible la “obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos” pues, aunque en principio existirán medidas que garanticen aquello, a lo largo de la ejecución del programa, el canal de denuncias será la herramienta indispensable para poner en práctica la cultura de información y cumplimiento ya adoptada por toda la organización. Sobre este punto es necesario que exista una planificación con el contenido, la periodicidad, duración y personas que formarán parte de las capacitaciones, documentando cada actividad que se realice en el desarrollo de la formación a los involucrados incluyendo la posibilidad de realizar actas que contengan la firma de cada asistente<sup>33</sup>.

*Sobre las normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema. Sistema disciplinario.*

El régimen disciplinario o “normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema”, debe ser el elemento que, aunque no deja de ser esencial, se considere de “ultima ratio” en la ejecución del programa para garantizar que en efecto no existan vulneraciones a sus preceptos y en caso de existir, como último paso después de la gestión de la denuncia e investigación de los hechos, se imponga una sanción con el respecto a los preceptos legales y constitucionales del caso. En todo momento, lo importante es recordar que el primer paso es buscar la interiorización del sistema y que de ese modo sus colaboradores y miembros de la organización asuman al *compliance* de manera voluntaria como una práctica diaria.

Una vez se ha presentado la denuncia, y el órgano investigador ha detectado que efectivamente se ha incumplido alguna disposición del *compliance*, el proceso no podría terminar sin la imposición de una sanción. Al igual que la potestad punitiva que tiene el Estado, la empresa, como parte de la cultura de cumplimiento implementada, adquiere la potestad de sancionar a cualquier miembro de su organización por incumplimientos o faltas a la normativa previamente adoptada. Sin embargo, es necesario recalcar que, en fidelidad al principio de “comunicación” del *compliance*, es importante que todas las personas que estén o puedan estar involucradas, conozcan con claridad las conductas y las sanciones que se les podrían aplicar.

Si bien, dentro de los principios del programa de cumplimiento, se señala a la voluntariedad como uno de ellos, es también importante señalar que la eficacia del *criminal compliance* depende en gran parte de las medidas coercitivas que se establezcan a fin de sancionar todas aquellas conductas que pongan en riesgo a la empresa o sean contrarias a la normativa que rige su actuar.

El contenido del régimen interno sancionar debe comprender por lo menos los siguientes elementos<sup>34</sup>:

33 Bernardo del Rosal Blasco, *Manual de responsabilidad...*, cit.,pág. 289.

34 José León Alapont, *Compliance penal...*, cit., pág. 255

1. **Ámbito de aplicación:**
  - **Objetivo:** actividades, procesos o áreas de la empresa que se ven afectadas.
  - **Subjetivo:** personas que podrían ser sujetos de sanción (*shareholders* y *stakeholders*)
  - **Territorio:** en necesario especificar las filiales o sucursales, en caso de existir, van a tener injerencia del sistema disciplinario adoptado.
2. **Clases de infracciones:**
  - Tomar en consideración aquellas que podrían ser constitutivas de delito y sin perjuicio del seguimiento o responsabilidad que el organismo estatal correspondiente determine, podrían ser sancionadas dentro de la esfera empresarial.
  - El régimen sancionador interno deberá considerar los incumplimientos de las medidas/controles que se han insertado en la empresa con la finalidad de mitigar actividades riesgosas.
  - La omisión en la denuncia ante los órganos de vigilancia como una afectación directa a la cultura de cumplimiento practicada por la empresa.
  - Obstrucción en el deber de investigación del órgano interno encargado, que puede resultar en un límite importante para descubrir posibles irregularidades.
  - El canal de denuncias debe ser tomado con la seriedad del caso por parte de todos aquellos que tengan la posibilidad de actividad este mecanismo, es por esa razón que no se puede permitir y, es más, debe ser sancionada cualquier conducta que desnaturalice su razón de existencia (ejemplo: denuncia maliciosa o con conocimiento de la falsedad de los hechos denunciados).

Tal y como se ha señalado en reiteradas ocasiones, la empresa y sus normas internas deben estar en armonía con los preceptos generales del ordenamiento jurídico del Estado que rige su actuar, es por esa razón que, aunque la empresa, con la creación e implementación de un programa de cumplimiento busca autorregularse, sus mecanismos de gestión de riesgos deben manejar esa concordancia. Es así que, el sistema disciplinario debe respetar el principio de legalidad y de manera más específica el de taxatividad, pues al tratarse de sanciones que podrían incluso terminar en la desvinculación del sancionado, no es posible dejar abierta la descripción de la conducta.

En relación con lo señalado en el apartado anterior, Nieto Martín establece que la falta de taxatividad conduce normalmente a una mayor litigiosidad en casos de despido y aquello resulta contrario con los valores éticos pregonados por la organización, por lo que es necesaria una tipificación expresa de las violaciones al código de conducta o normas internas de la empresa<sup>35</sup>. El régimen sancionatorio interno debe tener como fundamento una base legal clara con la finalidad de que su imposición no resulte injusta, que muy al contrario de proteger a la empresa, la expone ante procesos laborales seguidos por las personas que se sientan afectadas. Este punto del programa, que muchas veces no se considera con la rigurosidad del caso, no es un asunto menor y requiere de un análisis técnico jurídico profundo, reaccionar frente al incumplimiento, así como también desarrollar las garantías de respeto a los derechos humanos de cada una de las personas involucradas; tan delicado es este proceso, que la doctrina recomienda la intervención de un penalista<sup>36</sup>.

35 Adán Nieto Martín, "Código ético, evaluación de riesgos y formación", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ed. Por Adán Nieto Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 135-163, pág. 151.

36 Miguel Ontiveros Alonso, *Manual básico para la elaboración de un Criminal Compliance Program*, (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018), pág. 47.

*Sobre los programas conozca a su cliente o debida diligencia.*

La diligencia debida y los procesos de *due diligence*, supone articular un programa de cumplimiento entendiendo la relación con terceros fundamentalmente a través de disposiciones contractuales. Esta medida, aunque está enfocada especialmente en las relaciones que tiene la empresa con terceros, su control pesa en los miembros de la empresa que ejecutan esos procesos, pues lo que se busca es cuidar la honorabilidad y profesionalidad de aquellas personas que se van a involucrar con la organización. Se compone de tres fases<sup>37</sup>:

1. Fase precontractual: en esta fase lo que se busca es recabar información de la tercera parte. El método a usar en este punto es normalmente a través de formularios, así como solicitud de documentación que pueda resultar de interés para la organización.
2. Fase contractual: una vez han sido seleccionados y su perfil no representa un riesgo para la empresa, en esta fase se procede a establecer las cláusulas contractuales que le permitan a la organización desligarse de la actividad de la tercera parte, verse resarcida por cualquier perjuicio que pudiera ocasionar su actuar, así como la posibilidad de supervisar o controlar su actividad.
3. Fase post-contractual: la empresa ejerce el poder de fiscalización de la actividad en virtud de las cláusulas previamente acordadas con el tercero.

*Sobre el oficial u organismo de cumplimiento*

Al respecto el COIP establece:

**Art. 45.-** Circunstancias atenuantes de la infracción.- Son circunstancias atenuantes de la infracción penal:

d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, **programas y/o políticas de cumplimiento**, prevención, dirección y/o supervisión, **a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas**, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización.

(La negrita no corresponde al texto original)

Conceptualmente, esa “persona o departamento” es el oficial u organismo de cumplimiento encargado de vigilar el cumplimiento normativo por parte de la empresa. Su deber es asegurarse de que la organización cumpla con la normativa interna y externa que resulte aplicable de conformidad con su estructura y naturaleza de sus actividades económicas<sup>38</sup>.

Es común que el prestador del servicio de *compliance* (quien realiza el diseño documentado del programa) le recomiende a la empresa la contratación de una persona o creación de

37 Adán Nieto Martín, “La prevención de la corrupción”, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, coord. Adán Nieto Martín (Valencia:Tirant lo Blanch, 2015), 307-371, pág. 361-362.

38 Diego Sierra y Raymundo Soberanis, “La estructura del Compliance: Oficial de cumplimiento, Comité de ética, Comité de crisis y Ombudsman corporativo”, en *Todo Compliance*, ed. Por Juan Pampillo, Jesús Coronado, Santiago Botero (Madrid: Wolters Kluwer, 2021), 45-61, pág. 49.

todo un departamento de cumplimiento que será el encargado de ejecutar el programa. El tamaño, y por ende los recursos de la empresa, son los que determinarán la consideración de un oficial de cumplimiento o de todo un organismo, pues de estos factores dependerá en gran medida la complejidad de la estructura empresarial.

Es posible la externalización de ciertas actividades a modo de garantizar la eficacia del programa; sin embargo, aquello no le excluye bajo ningún motivo al organismo u oficial de cumplimiento de esas actividades subcontratadas, pues al final siempre serán estos últimos los responsables de la que será probablemente el área más importante en la ejecución de *compliance program*. Sin embargo, y como en cualquier situación, un excesivo uso de medios externos en la ejecución del programa pondría en duda la eficacia del mismo, o incluso desnaturalizarlo<sup>39</sup>.

En lo que respecta a las funciones del oficial u organismo de cumplimiento, de manera esencial se reconocen a las siguientes<sup>40</sup>:

- Identificación de las obligaciones de la empresa. Específicamente la normativa que rige el actuar de la empresa, incluso aquellas de carácter extraterritorial, así como las que la organización en ejercicio de su potestad autorregulativa ha generado. Es por esa razón que el oficial de cumplimiento debe tener el perfil adecuado para conocer de esa normativa y mantenerse actualizado sobre cambios o nuevos lineamientos que pueda ser plenamente aplicables a la entidad.
- Capacitación constante a los *stakeholders* respecto a la cultura de cumplimiento de la empresa. Este ejercicio es parte importante en la ejecución del programa a fin de que los colaboradores de la empresa o partes interesadas lo interioricen. La actividad, a través del método que sea más conveniente de conformidad con la naturaleza del trabajo o cargo de quien será receptor del mensaje, puede tener un acompañamiento o asesoramiento de una persona externa pero siempre en coordinación con el oficial o departamento de cumplimiento.
- El oficial de cumplimiento no puede estar presente en cada proceso o actividad que se realiza dentro de la empresa, para de ese modo identificar ciertas irregularidades o conductas que pueda significar un riesgo; en ese sentido, es importante la capacitación y medidas que, el oficial u organismo, integre en la organización para que los colaboradores sean capaces de identificar *-a priori-* inminentes incumplimientos al programa.
- Las medidas que integren el sistema de control interno de la empresa deberán tener estricta vigilancia del oficial u organismo de cumplimiento, realizando y solicitando (de conformidad con la estructura de las líneas de defensa de la empresa) informes periódicos que permitan evidenciar su desarrollo y avances en la mitigación y control del riesgo previamente considerando por cada control.

39 Rafael Aguilera Gordillo, *Compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Lógica predictiva y requisitos del compliance program penal*, (Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018), pág. 299

40 Diego Sierra y Raymundo Soberanis, *La estructura del Compliance...* cit., págs. 49-50.

## CONCLUSIONES

La responsabilidad penal de la persona jurídica tiene cabida dentro del contexto penal ecuatoriano a raíz de las reformas realizadas al COIP en el año 2014. Esta novedad sin duda viene acompañada de fuertes cambios, así como de retos en lo que respecta a la inclusión y reforma de ciertos preceptos que estaban enfocadas en la responsabilidad de la persona natural, cambios totalmente necesarios para que a futuro no existan cuestionamientos a la constitucionalidad de este plano jurídico.

La realidad es que, el dinamismo del mercado, desplazó a las personas naturales como sujetos que normalmente eran la cara de los negocios, haciendo que sean las empresas (personas jurídicas) las que realizan las actividades económicas que incluso podrían desestabilizar el mercado. Tal es la presencia de las corporaciones, que través de estas se empezaron a practicar actividades de naturaleza delictiva, convirtiéndose esta situación en un reto a propósito de nuevos cambios e inclusiones en la normativa penal, esto con la finalidad de controlar y no dejar en la impunidad estas conductas “so pretexto” de no haberlas ejecutado una persona física y la dificultad de llegar con los “verdaderos” actores del delito.

La conocida “globalización del derecho” aparece como la principal razón que da cabida a la responsabilidad penal empresarial es así que, tal y como se pudo evidenciar a lo largo de este artículo, el derecho anglosajón fue de gran influencia para el contexto ecuatoriano. De hecho, se citaron varios casos de gran trascendencia en lo que respecta a delitos cometidos en el seno de estructuras empresariales (WATERGATE, LOCKHEED, ARTHUR ANDERSEN/ENROM; SIEMENS) que dieron lugar a la creación de grandes instrumentos normativos que sentaron las bases para consolidar este tema. De ahí que aparece la *Foreign Corrupt Practices Act* (Ley estadounidense de Prácticas de Corrupción en el Extranjero) que establece la obligación a las organizaciones de adoptar controles internos para evitar la corrupción, una pequeña muestra de lo que ahora se conoce como “*criminal compliance*”.

En lo que respecta al ámbito estrictamente normativo, se dejó por sentada la existencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica a partir del año 2014 con las reformas al COIP e introducción del artículo 49, pensado en combatir y atacar las conductas delictivas y de corrupción sentadas en las estructuras empresariales. La novedad no fue solo esta, sino que, además, se formalizó la posibilidad de modificar la responsabilidad penal de la persona jurídica siempre que esta haya implementado un programa de cumplimiento para el control y prevención de delitos (*criminal compliance*).

El *criminal compliance*, es la consecuencia del poder de autorregulación que tiene la empresa que bajo ningún concepto se traduce en un abandono de los preceptos o normativa que rige el actuar de cualquier persona, sea jurídica o física, en la sociedad. Los programas de cumplimiento penal son el diseño que permite a la empresa controlar y mitigar cualquier riesgo que pueda producirse en su seno evitando de ese modo la intervención del poder punitivo estatal, y, actualmente, si llega a materializarse un delito aún con la implementación de un modelo adecuado de gestión de riesgos, esta responsabilidad podría verse atenuada o incluso eximida (como sucede en el caso de España). El *compliance*, tal y como su nombre lo indica, tiene como principal objetivo interiorizar la cultura de cumplimiento en cada uno de los colaboradores de la empresa, y más importante aún, en aquellos que son parte de la cabeza o cúspide de la organización (administrativos, directivos y representantes). De este modo, la empresa logra cumplir con sus objetivos económicos, de operación, de reputación y, además, de cumplimiento.

Los elementos del programa van a variar de conformidad con las necesidades y apetito de riesgo empresarial, pues a diferencia de cualquier norma ISO, el *criminal compliance* es un traje a la medida de la organización, por lo que su diseño necesariamente es personalizado tomando en cuenta su contexto, complejidad, tipo de actividades que realiza, entre otros. Sin embargo, existen elementos que se consideran “necesarios” (aunque no siempre suficientes) para el correcto funcionamiento del programa: 1) Matriz de riesgos (corazón del *compliance*, aquí se encuentran las principales actividades que podrían resultar riesgosas para la empresa, así como sus encargados, riesgos inherentes, análisis y valoración de los mismos); 2) Código de ética o conducta, políticas y protocolos (instrumentos que se convierten en la normativa que adopta la organización de estricto cumplimiento por parte de todos los *stakeholders*); 3) Sistema de control interno (medidas necesarias para controlar y mitigar los riesgos previamente identificados); 4) Canal de denuncias (instrumento necesario para que todo aquel que conozca de un incumplimiento ponga el hecho, de manera confidencial o anónima, en conocimiento de la persona encargada de gestionar el canal); 5) Sistema disciplinario (medio necesario para que el programa se eficaz y observado estrictamente por los colaboradores de la empresa con la posibilidad de sancionar cualquier incumplimiento previamente considerado en los instrumentos normativos internos y puestos en conocimiento de los sujetos); 6) Oficial u organismo de cumplimiento (persona u organismo, dependiendo de la dimensión y complejidad de la empresa, que será el encargado de ejecutar y dar seguimiento a cada una de las medidas implementadas en el *criminal compliance*); 7) Monitoreo (control periódico del programa de cara a posibles cambios o actualizaciones con la finalidad de que este no pierda eficacia). Sumado a estas medidas, es necesaria la capacitación constante a todos quienes forman parte de la empresa con el objetivo de dar vida al programa y que este sea realmente interiorizado en la estructura empresarial.

El *compliance* es una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin embargo, en el Ecuador, los programas de cumplimiento o prevención de delitos solo funcionan como atenuantes de la pena, a diferencia del caso español, que sí pueden eximir de responsabilidad a la empresa. En el Código penal ecuatoriano, el artículo 47 señala como circunstancia atenuante la implementación antes de la comisión del delito de un modelo de prevención a cargo de un oficial u organismo de cumplimiento dependiendo la magnitud y complejidad de la empresa. Así mismo, el artículo 49 entrega los requisitos “mínimos” que debe contener el programa señalando los siguientes: 1) mapa de riesgos; 2) sistema de controles internos; 3) monitoreo; 4) modelos de gestión de recursos económicos; 5) canal de denuncias; 6) código de ética/ conducta; 7) programas de capacitación al personal; 8) mecanismos de investigación interna; 9) obligación de informar sobre los incumplimiento o posibles riesgos; 10) sistema disciplinario; 11) procesos de debida diligencia.

## REFERENCIAS

- Aguilera Gordillo, Rafael. *Compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Lógica predictiva y requisitos del compliance program penal*, (Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018)
- Balcarce, Fabián I., y Berrueto, Rafael. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*, 2.<sup>a</sup> ed. (Montevideo: Bdf. 2016)

- Blanco Cordero, Isidoro. "La prevención del blanqueo de capitales", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ed. Por Adán Nieto Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015)
- Carbonell Mateu, Juan Carlos y Morales Prats, Fermín. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, ed. Por F. Álvarez García- J. L. M. González Cussac (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010)
- Coca Vila, Ivó. "¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, coord. Raquel Montaner Fernández (Barcelona: Atelier. 2013)
- Del Rosal Blasco, Bernardo. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. 2.ª ed. (Madrid: La Ley, 2023)
- Del Rosal Blasco, Bernardo. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, (Madrid: Wolters Kluwer, 2018)
- Escayola Maranges, Elisabet. "Código ético", en *Practicum compliance*, ed. Por Xavier Ribas, Paula Gómez, José Luis Pérez (Navarra: Aranzadi, 2018), 97-117
- García Moreno, Beatriz. "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ed. Por Adán Nieto Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 204-230
- Gili, Juan Jorge. "Canal de denuncia de irregularidades en la empresa", en *Practicum compliance*, ed. Por Xavier Ribas, Paula Gómez, José Luis Pérez (Navarra: Aranzadi, 2018), 299-312
- Gómez Tomillo, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.ª ed. (Navarra: Aranzadi, 2015)
- González Cussac, José Luis. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, 1.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020)
- González Cussac, José. "Criterios básicos para elaborar un mapa de riesgos frente a la corrupción", en *Criminal Compliance Programs y mapa de riesgos*, ed. Por Ángela Matallín Evangelio y Antonio Fernández Hernández (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023)
- León Alapont, José. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco de compliance corporativo*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023)
- León Alapont, José. *Compliance penal. Especial referencia a los partidos políticos*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020)
- Luhmann, Niklas. *El Derecho de la sociedad*, 2.ª ed. (México: Herder-Universidad Iberoamericana. 2006)
- Mendoza-Zamora, Walter M. "El control interno y su influencia en la gestión administrativa del sector público", *Dominio de las Ciencias* 4, n.º4 (2018): 206-240, [https://uc3m.libguides.com/guias\\_tematicas/citas\\_bibliograficas/chicago#s-lg-box-wrapper-13338374](https://uc3m.libguides.com/guias_tematicas/citas_bibliograficas/chicago#s-lg-box-wrapper-13338374)
- Navas Moncada, Iván . "Recensión a Bacigalupo Enrique, Compliance y Derecho Penal", *Política Criminal* 7 (2012): 480-488, [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_14/Vol7N14R1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14R1.pdf)
- Nieto Martín, Adán y Lascurain Sánchez, Juan Antonio. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 1.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015)
- Nieto Martín, Adán. "Código ético, evaluación de riesgos y formación", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ed. Por Adán Nieto Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 135-163
- Nieto Martín, Adán. "La prevención de la corrupción", en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, coord. Adán Nieto Martín (Valencia:Tirant lo Blanch, 2015), 307-371
- Nuñez Castaño, Elena. *Responsabilidad penal en la empresa*. 2.ª ed. (Valencia: Tiran Lo Blanch, 2000)
- Ontiveros Alonso, Miguel. *Manual básico para la elaboración de un Criminal Compliance Program*, (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018)
- Pardo, José Esteve. "El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del Caballo de Troya", en *Autorregulación y sanciones*, coord. Arroyo Jiménez/Nieto Martín (Madrid: Lex Nova, 2013)
- Prittwitz, Cornelius. *La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers*, (Madrid: Marcial Pons, 2013)

- Roma Valdés, Antonio. *Responsabilidad de las personas jurídicas: manual sobre su tratamiento penal y procesal*. 1.<sup>a</sup> ed. (Madrid: Rasche, 2012)
- Serrano Zaragoza, Óscar. “Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores sociales tras la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en *Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores*, coord. Manuel Ruiz de Lara (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 17-112
- Sierra, Diego y Soberanis, Raymundo “La estructura del Compliance: Oficial de cumplimiento, Comité de ética, Comité de crisis y Ombudsman corporativo”, en *Todo Compliance*, ed. Por Juan Pampillo, Jesús Coronado, Santiago Botero (Madrid: Wolters Kluwer, 2021), 45-61
- Silva Sánchez, Jesús-María y Montaner Fernández, Raquel. *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 1.<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Atelier. 2013)
- Villegas García, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: la experiencia de Estados Unidos*, 1.<sup>a</sup> ed. (Navarra: Aranzadi, 2016)
- World Compliance Association, “El código de conducta en el tercer sector”, *Biblioteca Compliance*, junio 2021, [https://bibliotecacompliance.com/wp-content/uploads/2021/07/FASC4-CO%CC%81DIGO-CONDUCTA\\_V5.pdf](https://bibliotecacompliance.com/wp-content/uploads/2021/07/FASC4-CO%CC%81DIGO-CONDUCTA_V5.pdf)

# DERECHO PENAL CENTRAL



## La imprudencia profesional. Especial referencia a la previsión en el código penal ecuatoriano

### Professional imprudence. Special reference to the provision in the ecuadorian penal code

RICARDO REYES VASCO

 Director de Litigio Estratégico de la Fiscalía General del Estado

#### RESUMEN

La entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador en el año 2014, trajo consigo una serie de avances para el país, la inclusión en sus primeros 78 artículos de una parte general, y por supuesto adaptándose de una u otra forma a los sistemas penales de la mayoría de países que nos rodean. En el caso de la imprudencia, se reguló en el artículo 27, ya con un deber de cuidado como su núcleo, lo que quiere decir que el Código Penal toma la postura normativa de la imprudencia. En su parte especial, se tipificó la imprudencia profesional, pero solo en el ámbito del homicidio, lo curioso de esto es que la amenaza penal resulta ser menor que un homicidio imprudente normal, cuando tradicionalmente los legisladores de otros entornos se han decantado por establecer una punibilidad igual o mayor, puesto que, una de las justificaciones que brota para este motivo, es el mayor grado de preparación y el lugar en donde se desenvuelven profesionalmente. Justamente a lo largo de este manuscrito se abordaran las nuevas regulaciones de la imprudencia en el Derecho Penal Ecuatoriano así como criterios dogmáticos y jurisprudenciales sobre la imprudencia profesional, que obligan a prestarle una importante atención al tema y no pasarlo por desapercibido.

**PALABRAS CLAVE:** Delito imprudente, concurso de delitos, derecho penal, regulaciones.

#### ABSTRACT

The entry into force of the Comprehensive Organic Criminal Code of Ecuador in 2014 brought with it a series of advances for the country, the inclusion in its first 78 articles of a general part, and of course adapting in one way or another to the penal systems of the majority of countries around us. In the case of recklessness, it was regulated in article 27, with a duty of care as its core, which means that the Penal Code takes the normative position of recklessness. In its special section, professional negligence was classified, but only in the field of homicide. The curious thing about this is that the criminal threat turns out to be less than a normal reckless homicide, when traditionally legislators in other environments have opted to establish an equal or greater punishability, since one of the justifications that arises for this reason is the greater degree of preparation and the place where they work professionally. Precisely throughout this manuscript, the new regulations on recklessness in Ecuadorian Criminal Law will be addressed, as well as dogmatic and jurisprudential criteria on professional negligence, which force us to pay important attention to the subject and not let it go unnoticed.

**KEY WORDS:** Reckless crime, concurrence of crimes, criminal law, regulations.

<https://orcid.org/0009-0004-7582-5071>

Licencia Creative commons atributiva No Comercial 4.0 Internacional

© 2025 Universidad Central del Ecuador



Recibido: 24/11/2024  
Aceptado: 22/12/2024

ISSN-e 2697-3359  
ISSN-i 2697-3251  
[fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec](mailto:fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec)

## INTRODUCCIÓN:

En lo que a la legislación anterior se refiere, el derogado Código Penal Ecuatoriano que data de 1971, hacía alusión a la imprudencia profesional ligándola a algunos tipos imprudentes específicos, mencionándola como impericia en su arte o profesión y lo concebía como si se tratara de una imprudencia común con una sanción que llegaba a un máximo de 5 años, sin considerar la inhabilitación profesional<sup>2</sup>, además de asumir a la negligencia como algo alejado o distinto de la imprudencia profesional. Sin embargo al analizar la sanción que se preveía referente al homicidio imprudente común, la consecuencia penológica era más benigna<sup>3</sup>, puesto que en los artículos que contemplaban la imprudencia profesional ya tomaba en cuenta el posible resultado de muerte de una persona para su criminalización y como se dijo anteriormente con una pena privativa de libertad de hasta cinco años.

En este recorrido comparado de antecedentes, y en lo que a España respecta, la primera modalidad de imprudencia profesional la recogió el Código Penal de 1944 en su artículo 565, sin embargo solo establecía tal imprudencia para los conductores de vehículos motorizados, por lo que en principio resultaba criticable ligar la imprudencia profesional a un ámbito determinado, más aún cuando se piensa que los resultados que se producen en otras profesiones son igual, o hasta más catastróficos, que los producidos por los accidentes de tránsito, sin embargo se sostenía que su existencia en el C.P respondía a meras cuestiones de política criminal<sup>4</sup>.

Se partía de la idea de similitud entre los conceptos de negligencia e impericia, dando paso a la aplicación de la imprudencia profesional en el caso de estricta profesionalidad. De este modo, el TS español entendía por profesión el arte, hábito o continuidad del empleo que realiza, distinguiendo así una *imprudencia profesional*, que tiene que ver con la impericia, y una *imprudencia del profesional*, como la imprudencia estrictamente de un profesional en el desarrollo de su profesión u oficio<sup>5</sup>.

### Imprudencia profesional e imprudencia del profesional.-

Lo anteriormente dicho sirvió pues, para ya no considerar una responsabilidad objetiva del profesional, ya que antes solo y únicamente se consideraba la calidad de profesional para aplicar la agravación, empero también surgieron críticas destinadas a que dicha agravación solo debía aplicarse a los casos de estricta profesionalidad, la misma que debe entenderse como habitualidad y continuidad en el empleo que se posee y desarrolla públicamente, es así que se sostiene que la aplicación agravada no se debe dar a cualquier imprudencia realizada por un profesional<sup>6</sup>. En la sentencia de 16 de diciembre de 1997 se ha recogido toda esta evolución de interpretación respecto de la imprudencia profesional y del profesional<sup>7</sup>, así como en otras sentencias en donde se expone estos avances. A manera de resumen po-

2 Artículos 428 al 433 del CP de 1971, que tratan sobre los delitos contra la salud pública estableciendo en su artículo 434 la modalidad imprudente de los anteriores mencionados, con una sanción privativa de libertad de 6 meses a 5 años, tomando en cuenta que incluyen tanto la imprudencia común y la profesional en el mismo artículo, lo mismo ocurre con el artículo 421 sobre los accidentes de tránsito y 117 sobre entrega de mapas y estrategias militares al enemigo, con las mismas consecuencias penológicas,

3 Artículo 460 del C.P de 1971, trata al homicidio inintencional.- El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años.

4 QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Derecho Penal de la Culpa (imprudencia)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 542.

5 GUIASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op. Cit., p. 17,18.

6 HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, op. Cit., p. 21, 22.

7 STS, núm. 1561/1997 (Sala de lo Penal), de 16 diciembre de 1997.

demos decir, que la profesionalidad debe ser entendida como un elemento adjetivo mas no sustantivo de la conducta, que el autor de la imprudencia la cometa en el ejercicio de su profesión la cual debe ser su medio de vida ordinario, la conducta debe ser realizada en atención a las actuaciones que de manera habitual son exigidos y se practican ordinariamente en su rama<sup>8</sup>. El otorgamiento de un título profesional, de acuerdo con la normativa docente y académica, crea una presunción de competencia que encuentra su fase negativa en la impericia, entendida por tal, la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la *lex artis*, pudiendo así distinguirse entre la culpa del profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio, se podría decir en palabras más sencillas que la imprudencia del profesional responde a los deberes generales de cuidado, por ejemplo: el hecho de que un médico no se dormirá o no se retirará del sitio en el que procede que esté; y la culpa propiamente profesional, que descansa en la impericia<sup>9</sup>, la misma que respondería a deberes de cuidado específicos derivados de la profesión, a manera de ejemplo: el hecho de que el médico administrará correctamente los medicamentos con sus dosis indicadas, o que evaluará correctamente al paciente, pues de este modo en el Código Penal Español de 1989, se establece además de la imprudencia temeraria una añadidura de la imprudencia profesional respecto a las lesiones y muerte, específicamente en los artículos 418, 419, 421 -2, como consecuencia de una impericia o negligencia profesional, lo que resulta sorprendente es que se imponía la pena máxima de prisión menor y a esta se la podía elevar en uno o dos grados, según el juicio del Tribunal<sup>10</sup>.

Sin embargo en el actual Código Penal Español dicha modalidad agravada se mantiene, pero ya no en el aspecto penológico sino, en la aplicación de una sanción de inhabilitación especial de ejercicio de la profesión, sin embargo se dice, es por esta razón que aún se debe considerar y no alejarse de la distinción que ha venido haciendo la doctrina jurisprudencial respecto a la diferenciación de la imprudencia profesional e imprudencia del profesional, es decir la agravación actual se debería aplicar solo a la imprudencia profesional<sup>11</sup>.

En definitiva, los desarrollos y esfuerzos dogmáticos jurisprudenciales por tratar de delimitar a la imprudencia profesional de la imprudencia del profesional se han quedado cortos de claridad pero muy grandes en ambigüedad, es decir, no se ha trazado una línea jurisprudencial que responda a una clara distinción entre estos dos temas<sup>12</sup>, por el contrario, los criterios diferenciadores han sido equívocos y opacos, de hecho esto se corrobora con la aplicación de diferentes imprudencias a supuestos exactamente iguales, ¿Cuál es la consecuencia de lo dicho? La no aplicación de la agravante en un caso y en otro si, por lo que, en lo que a este tema respecta, no ha existido una justicia material acertada<sup>13</sup>.

Considero que los esfuerzos del Tribunal Supremo por desarrollar un lineamiento efectivo y realizar la mencionada distinción, se han producido para, en primer lugar distinguir una

8 STS, de 22 de octubre de 1958 y STS, de 16 de junio de 1972, 4 de mayo y 21 de junio de 1974.

9 STS, Núm. 820.-Sentencia de 26 de junio de 1980, P. 1.

10 GUIASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op.cit., p. 19.

11 REIGOSA GONZÁLEZ, Juan José, "La Imprudencia Médica", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* N°2, ed. Universidad de la Coruña: Servicio de Publicaciones, 1998, p. 418.

12 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Medicinas Alternativas e Imprudencia médica*, ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 23.

13 TENA ARAGÓN, María Félix, "la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional", en *la imprudencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, dir. Cano Maillo Pedro, Madrid, 2005, p. 91, en el mismo sentido, GUIASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op.cit., p. 31, TAMARIT SUMALLA, Josep María, en *Comentarios a La Parte Especial del Derecho Penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, p. 124.

imprudencia profesional –general- de la imprudencia temeraria, y segundo para no aplicar la agravación referente a la profesionalidad y, de este modo tratar por la vía jurisprudencial de regular la excesiva extensión de la pena interpuesta por el legislador<sup>14</sup>; por lo dicho entonces dicha distinción es estéril, por lo tanto si un profesional infringe un deber de cuidado en el ejercicio de su profesión, y esta infracción tiene como consecuencia la lesión de un bien jurídico –en este caso la muerte- se debe considerar infringidas las normas de comportamiento de la profesión determinada y por ende considerarla como una imprudencia profesional<sup>15</sup>.

En el caso del Ecuador la mencionada distinción únicamente serviría para, en algunos casos aplicar el tipo penal de homicidio imprudente común y en otros el homicidio imprudente por mala práctica profesional, ya que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha existido ni existe la diferenciación entre grave y leve, sin embargo por lo dicho en párrafos anteriores resultaría más benigno ser aplicada la imprudencia profesional en este caso por la diferente pena que ha establecido el legislador y que en este trabajo la considero equivocada puesto que la profesionalidad ni quita ni aumenta imprudencia. Sobre esta cuestión reflexionamos seguidamente.

Para establecer las observaciones y críticas sobre el artículo 146 del Código Penal Ecuatoriano a las cuales ya he hecho referencia y establecer una posible solución o cambio en el mismo; una vez dejado claro ya la estéril distinción entre las dos imprudencias profesionales, considero importante referirme sobre ciertos puntos, con carácter previo.

### Las “profesiones” objeto de atención.

Como ya se ha mencionado al inicio de este trabajo, la sociedad ha ido avanzando y desarrollando nuevas actividades complejas que atraen con ellas nuevos riesgos a los bienes jurídicos, riesgos que, por su utilidad y tecnicismo se han convertido en *riesgos permitidos*. Al estar frente a unas actividades de esta naturaleza, se las debe revestir de ciertos lineamientos a seguir por las personas que las desarrollan y de este modo prevenir el incremento de estos riesgos y las lesiones a bienes jurídicos.

Por lo dicho anteriormente, al hablar de avances y desarrollo de actividades, se habla del avance de la tecnología y la ciencia, es decir una evolución de la investigación científica, la misma que es inherente al ser humano, por lo que nunca podremos prescindir de ella. Por lo tanto, los grupos que manejen y posean tal conocimiento técnico, ocupan un papel sobresaliente en la sociedad actual, incluso sabiendo la importancia de tal saber desde años atrás, el mismo hoy en día –por el desarrollo de la sociedad en sí- ya no se adquiere fácilmente, puesto que los saberes técnico-científicos no son transmisibles generacionalmente, por el contrario requieren de un largo proceso de preparación –estudio- y conllevan en sí un alto grado de complejidad, con el añadido de que estos conocimientos se deben aprender en instituciones especializadas<sup>16</sup> –Universidades-.

¿Se debe dar una especial importancia y función al ámbito profesional? Por supuesto, ya que la sociedad presume su capacidad especial y confía en la misma; en un concepto básico diríamos que las profesiones son conductas encaminadas al aseguramiento del desarrollo de

14 GRATACÓS GÓMEZ, Núria, “La Imprudencia En El Nuevo Código Penal. Especial Referencia De La Imprudencia Profesional Y La Inhabilitación Especial Para El Ejercicio De Una Profesión, Oficio O Cargo”, en Derecho y Salud N°5, ed. Asociación Juristas de la Salud, 1993, p. 68.

15 HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, op.cit., p. 30.

16 YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, *Refuerzo de la responsabilidad profesional por el Derecho Penal*, en “Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales”, XXIIº Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de Laguna, ed. Carlos María Romeo Casabona, Tenerife, 1993, p. 68.

la sociedad y el bienestar de los individuos que forman parte de ella, es decir, la actividad profesional está encaminada al servicio de la colectividad, por lo tanto resulta lógico que para poder desempeñarlas se requiere de un alto conocimiento teórico adquirido en centros de estudio superior<sup>17</sup>.

En vista de los conocimientos que posee el profesional, normalmente escasos o nulos en el cliente, se produce una relación de dependencia entre las dos personas, dependencia que se legitima con el vínculo de confianza que se genera. La relación que aquí se da es la de conciencia frente a confianza<sup>18</sup>, empero en vista del incremento de casos en donde se han visto involucrados los profesionales de distintas áreas y, por ende, el incremento de las lesiones de los bienes jurídicos que mayor valor tienen en la sociedad –vida, integridad física– resulta necesario el planteamiento de intervención penal, el cual es el mecanismo más fuerte de represión con el que cuenta un Estado.

En el tema que nos atañe, que es el *homicidio imprudente por mala práctica profesional*, no hay mucho que criticar en referencia a la intervención del Derecho Penal. Sin embargo, hablando en líneas legislativas y político-criminales, podemos decir que encontramos, por un lado, la posición despenalizadora, encaminada a la eliminación de determinadas conductas que ya resultan obsoletas para la protección penal por el desarrollo de la sociedad y por otro lado, el avance de la tecnología y las ciencias que proponen actividades representativas de nuevos peligros sociales, frente a los cuales el derecho penal no puede permanecer indiferente, puesto que los mismos necesitan de su intervención para prevenir lesiones a bienes jurídicos, por el desarrollo cultural y la evolución social<sup>19</sup>. Es por esto que en ciertos códigos penales de otros países se han tipificado nuevas conductas de imprudencia, las cuales no van ligadas específicamente al bien jurídico vida, ni a la medicina, que es la rama de las profesiones que permanece en íntima relación con el bien jurídico máspreciado –la vida–.

Ahora bien, la regulación penal vigente en el Ecuador parte de un código penal obsoleto que data 1947, por lo que queda claro que, para la actualidad, no servía en absoluto. Empero, en el derogado cuerpo legal se tipificaba el homicidio por mala práctica profesional en diversos tipos penales: en los delitos de la salud pública (arts. 428 al 434)<sup>20</sup> y accidentes de tránsito (art 421)<sup>21</sup>, por otro lado tipificaba el homicidio imprudente con una pena más benigna que los anteriores (art. 460)<sup>22</sup>.

En el actual Código Penal Ecuatoriano, la tipificación del homicidio imprudente por mala práctica profesional se hizo en un solo artículo (art. 146)<sup>23</sup> y lo que resalta en primera instancia en este código es su acogida el sistema de *numerus clausus*, que resulta más adecuado para dejar a un lado el ámbito genérico de tipificación.

17 Ibídem, p. 68

18 PEREZ OLEA, Jaime, “El Tratamiento Médico y la Practica Quirúrgica”, en Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVII, vol. II, 1981, p. 91.

19 YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, *Refuerzo de la responsabilidad profesional por el Derecho Penal*, en “Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales”, op.cit., p. 71.

20 Manifiestan que de existir muerte de una persona por negligencia o impericia en su profesión u oficio, la pena privativa de libertad será de 6 meses a 5 años.

21 De igual forma estipula una pena de 6 meses a 5 años si se produce la muerte de una persona por impericia o negligencia en la profesión u oficio.

22 La pena por cometer un homicidio inintencional era de 3 meses a dos años.

23 La pena establecida en este delito, en su comisión simple era de 1 a 3 años.

## La pena aplicable.

También llama la atención la amenaza penológica que el COIP establece para el homicidio culposo por mala praxis, ya que es más atenuada en relación con el artículo 145, cuestión que no pasaba con el anterior código penal, cuando debería entenderse a la imprudencia profesional como una imprudencia especial que incluye mayor gravedad que la común. Sin embargo, añade junto a la pena privativa de libertad, la inhabilitación en el ejercicio de la profesión u oficio.

Ahora, teniendo en consideración lo que establece el art. 65 del Código Orgánico Integral Penal<sup>24</sup>, la inhabilitación solo procederá cuando el hecho haya tenido una relación directa en el ejercicio de la profesión, es decir, no se la podrá interponer por cualquier otra conducta penalmente relevante que haya realizado un profesional, sino solo en aquel acto que se configure como habitual y constituya el *modus vivendi* del profesional, además, en los casos en que el condenado no cumpla con la pena privativa de libertad por cuestiones de suspensión condicional de la pena, la inhabilitación profesional procederá a partir del momento en que se dicte dicha suspensión, puesto que de lo contrario, si esperaríamos que en primer lugar, se cumplan las condiciones impuestas por el juez y, posteriormente a estas empiece a concurrir la inhabilitación, estaríamos quebrantando el fin de prevención especial que conlleva la mencionada sanción.

Finalmente lo correcto desde nuestro punto de vista es lo que ha realizado el legislador español, al igualar la pena privativa de libertad en ambas imprudencias –común y profesional- y a la imprudencia profesional adherirle también la pena de inhabilitación profesional, siempre y cuando dicha imprudencia haya alcanzado la categoría de imprudencia grave, puesto que en el sistema Español existe la diferenciación entre delitos graves y menos graves, por lo tanto, tomando en cuenta que la imprudencia menos grave no se castiga con inhabilitación, no se puede afirmar que no exista imprudencias profesionales menos graves, sino que la imprudencia profesional puede ser grave o menos grave, pero de alcanzar el rango de grave se le adjunta la inhabilitación. Considerando de esta manera a la imprudencia profesional grave merecedora de mayor sanción.

Cabe decir que la pena de inhabilitación profesional no solo se establece para el homicidio por mala práctica profesional, además se impone en delitos dolosos es el caso de los artículos 217, 268, 330, 233, 338 del COIP en los mismos que se impone una inhabilitación profesional de 6 meses. Lo curioso que resulta sobre este análisis, es a) que se trata de inhabilitación profesional ante delitos dolosos, por los que no encuentra en estas figuras un correlato de imprudencia profesional y b) que en el homicidio imprudente por mala práctica profesional no se establece el tiempo de inhabilitación, sino que se apunta al proceso de rehabilitación para volver a ejercer la profesión luego de cumplida la pena, es decir los jueces decidirán qué medidas imponen y por qué tiempo lo hacen para que el profesional se someta a ellas y pueda volver a ejercer la profesión. Sin embargo, en la mayoría de los casos los juzgadores deciden simplemente aplicar la inhabilitación del ejercicio, pudiendo optar por otros medios menos dañosos como puede ser imponer al profesional un determinado número de horas de formación complementaria en lo que falló y así lograr una actualización de conocimientos.

24 ART. 65 COIP: Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.- Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, empleo u oficio de la persona sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal.

En conclusión decimos que, efectivamente existe la pena de inhabilitación profesional, pero, la duración de la misma no se contempla en el tipo penal del 146, es decir, una vez sancionado el profesional, queda inhabilitado para su ejercicio y los jueces deciden cómo, y por qué tiempo se lo volverá a habilitar.

Sobre la pena de inhabilitación profesional se han producido varias críticas fundadas en la gravedad elevada para quienes la reciben, ya que la aplicación de la misma conlleva al condenado a la inactividad que puede apartarlo de su campo laboral. Cuestiones como esta han hecho que se plantee la eliminación de la imprudencia profesional del código penal<sup>25</sup>. Es por esto que se ha llegado a sostener que la inhabilitación representa para los gremios médicos –y también las demás profesiones– un daño tal, que jamás se podría llegar a rehabilitar a la persona que no se encuentre en la evolución diaria del ejercicio, lo que puede recaer en una incapacidad completa del ejercicio profesional respectivo. Incluso estas posiciones van más allá, al momento de sostener que, están conscientes que la voluntad legislativa no era la de impedir su rehabilitación, sino más bien ceder a la presión de las víctimas, las cuales no desean la prisión, sino la separación del ejercicio profesional, inclusive afirmando que en la mayoría de los casos de denuncias por mala práctica profesional conllevan consigo intereses económicos<sup>26</sup>. Concuero con Hava García al no adherirse a este pensamiento, puesto que la persona sobre la cual recae la sanción de la inhabilitación de su profesión u oficio, es obvio que sentirá una separación de su entorno de desarrollo de su determinada profesión y precisamente ese es el sentido de la sanción impuesta<sup>27</sup>.

El motivo por el que el legislador ecuatoriano ha decidido mantener la tipificación de la imprudencia profesional con la imposición de la pena de inhabilitación– responde a criterios político criminales, dejando en claro que no existe una diferencia sustancial objetiva con la imprudencia común<sup>28</sup>; empero las razones por la que se ha considerado a la imprudencia profesional más grave las podemos encontrar en criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo de España, en donde manifiestan textualmente “...la inobservancia de la “lex artis” y de las precauciones y cautelas más elementales, siendo totalmente imperdonable e indisculpable que, una persona que pertenece a la profesión o actividad de que se trate, y a la que se presumen especiales conocimientos y el dominio de la técnica propia de las mismas, proceda de un modo ignaro e indocto, mostrando ignorancia suma de las reglas fundamentales del ejercicio profesional, o conduciéndose con singulares descuido, abandono o ligereza, impropios de las normas deontológicas que rigen el ejercicio de su profesión, arte u oficio...”<sup>29</sup>.

Conjuntamente a estas opiniones, se une también parte de la doctrina que mantiene el fundamento de esta distinción de gravedad, diciendo que, así como el Estado exige un título para su habilitación en determinados ámbitos producto de lo cual la infracción de normas técnicas es más grave, o por que la persona no tiene dicha cualificación técnica que se le presume<sup>30</sup>, es decir, las personas destinadas a recibir los servicios del profesional, entregan

25 GARCÍA RIVAS, Nicolás, “la imprudencia profesional: una especie a extinguir”, en *Revista de Derecho Social* n°6, ed. Bomarzo, 1999, p. 81,82.

26 Así lo sostiene GARCÍA ANDRADE, José Antonio, *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*, ed. Edersa, Madrid, 1998, p. 17,18.

27 HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, op.cit., p. 34.

28 COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho Penal, Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 639.

29 STS, 22 de abril de 1988, n° 1033, p. 4.

30 SOLA RECHE, Esteban, ROMEO CASABONA, Carlos María y HERNANDÉZ PLASENCIA, José Ulises, “La Responsabilidad profesional del Médico en el Derecho Penal”, en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales: presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo: XXIIº Coloquio de Derecho Europeo*, ed. Universidad de la Laguna, 1993, p. 111.

una especial confianza en sus conocimientos profesionales y en su aplicación y desarrollo adecuado.

Para Silva Sánchez, la relación entre destinatarios de los servicios profesionales y los profesionales es una relación de confianza cualificada<sup>31</sup>, en donde si los destinatarios dejan de confiar en sus tratantes, se incrementa el riesgo para los bienes jurídicos. Además, sostiene Silva, dicha confianza cualificada se da porque su base se encuentra no solo en que el profesional asuma el cuidado del paciente o beneficiario, sino también en que el profesional que lo asume se privilegia de un monopolio, protegido por el Estado para el desarrollo de determinados comportamientos, basada en la presunción de conocimientos de ciertas materias y dominio de ciertas técnicas, por lo que concluye diciendo que, el asumir el cuidado profesional da paso a la abstención de terceros y de otros profesionales<sup>32</sup>.

Con lo dicho anteriormente, con estos argumentos se quiere empezar a distinguir entre una infracción desmesurada del deber de cuidado y una infracción con una carga menos de descuido, en vista de que –como se mencionó en párrafos anteriores- las normas técnicas de profesiones también contienen los comportamientos comunes de cuidado en los actos que las mismas protegen y regulan. Es por esto que, abundando en las reflexiones anteriores, considero imposible la distinción que se ha querido hacer entre imprudencia común del profesional e imprudencia del profesional en estricto sentido.

### **Injusto culposo profesional y peligrosidad. Juicio crítico.**

Ahora bien, con lo que se ha sostenido respecto a que la infracción de normas de cuidado en el desarrollo de una profesión, no es suficiente para afirmar que existe un mayor injusto sobre la imprudencia y que, por ende, no se la debía imponer una pena privativa de libertad mayor a la imprudencia común. El legislador Español, en el código de 1995, decidió igualar la pena privativa de libertad en ambas imprudencias por cuestiones político criminales, empero, añadió la inhabilitación como pena accesoria a la imprudencia profesional (grave), considerándole como una imprudencia especial, en donde la pena accesoria mencionada no guarda relación con un mayor contenido de injusto, sino que, responde a criterios preventivos-especiales. Cabe recalcar que el Ecuador la Legislación penal no distingue entre la gravedad de los delitos, como si lo hace el Código Penal Español, es por esto que en Ecuador concebimos a la imprudencia profesional como una imprudencia grave –por la aplicación de la inhabilitación- merecedora de mayor sanción, dicho en palabras más sencillas: imprudencia profesional grave (España) equivale a la imprudencia profesional (Ecuador, art. 146). Casos análogos sobre sanciones preventivo-especiales pueden ser la privación de la licencia de conducir o la del porte de armas de fuego<sup>33</sup>, y es este el lineamiento adecuado –desde mi punto de vista- que se debería seguir en la legislación ecuatoriana.

Para finalizar, la misma imprudencia cometida por un profesional en el ejercicio de su profesión así como la cometida por una persona con un arma de fuego o utilizando un vehículo automotor, no se diferencian en el injusto, pero presentan además características distintas. Las actividades mencionadas, son estadísticamente más peligrosas, por lo tanto, el individuo que, dentro de la esfera de estas actividades actúa con conductas imprudentes, es distinguido como incapaz de controlar esos peligros permitidos, es decir, se manifiesta

31 ROMEO CASABONA, Carlos María, "Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la Imprudencia del Personal Médico-Sanitario", en Revista Jurídica de Castilla y León n° 13, 2007, p. 246, 247.

32 SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Medicinas Alternativas e Imprudencia médica*, Op. Cit., p. 24.

33 HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Médica*, op.cit., p 36.

con una carga de peligrosidad a la cual hay que neutralizar<sup>34</sup>, es por esto que la legislación ecuatoriana ha visto necesario alejar de ese riesgo al individuo que se ha constatado que lo incrementa por sobre lo tolerado<sup>35</sup>, por lo que ha establecido la inhabilitación como pena accesoria en delitos que conlleven el ámbito profesional.

Es necesario decir que el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, en su artículo 60 asume el carácter de la inhabilitación como pena no privativa de libertad y no como medida de seguridad, y es acertado lo dicho en vista de que las medidas de seguridad obliga a tener en consideración como presupuesto la peligrosidad del delincuente, por lo tanto dependerá de cada caso concreto. Si la consecuencia jurídica se impone con independencia de la peligrosidad solo se la puede catalogar como una pena<sup>36</sup>.

Es necesario aclarar las dudas que se pueden suscitar al tomar en cuenta el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que plantea que no se puede castigar a un individuo por razón de su peligrosidad<sup>37</sup>. Considero que, efectivamente, ninguna persona es sancionada por su peligrosidad, puesto que las personas han de ser sancionadas por imprudencia siempre y cuando hayan infringido el deber de cuidado que personalmente les correspondía, pero una vez sancionado un profesional, se considera peligroso su ejercicio, y es por esto que se ha venido sosteniendo que dicha pena accesoria de inhabilitación cumple un fin preventivo especial.

Resumiendo, la gravedad de una imprudencia no es mayor por el hecho de cometerse en el desarrollo de una profesión, por lo que no es factible distinguir entre infracciones de cuidado generales y deberes específicos pertenecientes a una profesión determinada, ya que en todos los casos, el individuo realiza la infracción de cuidado que le correspondía personalmente en relación con la actividad de peligro que desarrollaba, por lo que decimos entonces, que lo relevante para la inhabilitación es la peligrosidad salida a flote del ejercicio del profesional sancionado, con un adicional, que estas actividades inciden en los bienes jurídicos más relevantes de las personas como la vida, y por ende la persona que infringe las reglas de cuidado, actúa sin haber adquirido la pericia mínima, o realizando su conducta con grave descuido<sup>38</sup>.

Por esto hemos dicho que no cabe la distinción entre una imprudencia del profesional y una imprudencia profesional, puesto que un profesional realiza una imprudencia al aumentar el riesgo por la inadecuada práctica de su profesión, con consecuencias lesivas para el bien jurídico, revelando como consecuencia la peligrosidad del ejercicio del profesional sancionado que fundamenta la pena de inhabilitación.

La imprudencia por lo tanto, no se debe presentar como más grave por el hecho de calificarse como una imprudencia profesional, o por imprudencia cometida utilizando un vehículo motorizado, lo que si resulta distintivo, es que en el desarrollo y ejercicio de las profesiones se está en relación frecuente con bienes jurídicos de suma importancia –vida, integridad física- y por ende se exige un mayor cuidado debido, y si se lo infringe, dicha infracción resulta más intensa.

34 TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Delitos Contra la Seguridad en el Trabajo, Cuestiones Concursales: Clasificación de la Imprudencia*, en Revista de Derecho Social n° 3, ed. Bormazo, 1998, p. 176.

35 HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, op.cit., p 37.

36 FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José, "La Imprudencia en el Código Penal de 1995 (Cuestiones de lege data y lege ferenda)", en Cuadernos de Política Criminal n° 62, ed. Edersa, 1997, p. 340, 341.

37 Artículo 22.- Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

38 CHOCLÁN MONTALVO, Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 88.

Finalmente, el sostener que el Código Penal Ecuatoriano, en relación a la imprudencia profesional, debería igualar la pena de privación de libertad a la imprudencia común y además añadirla a esta la pena de inhabilitación, responde justamente a la afirmación de que, al añadir la pena de inhabilitación no quiere decir que el hecho en su contenido de injusto o culpabilidad sea más grave, pues en los casos de imprudencia profesional el mismo Código ya especifica medidas de prevención especial, por lo que dicha pena viene a tener una función de seguridad frente a la peligrosidad manifiesta por el profesional al momento de ejercer su profesión<sup>39</sup>.

### Los destinatarios de la norma.

El Tribunal Supremo español, ya en su sentencia del 12 de julio de 1978 establece tres requisitos o características para poder catalogar una imprudencia profesional:

- Profesional de la actividad concreta.
- Ejercicio habitual y público.
- Que este ejercicio profesional constituya su "*modus vivendi*".

Sin embargo, Santiago Mir Puig manifiesta que la aplicación de la imprudencia profesional no se enfoca exclusivamente a la imputación del profesional en concreto, sino por el contrario se dirige al análisis de una infracción del cuidado exigido dentro de un determinado ámbito profesional, dicho en otras palabras, no es necesaria la categoría de profesional de la persona sino solo que dicha persona haya infringido un debido deber dentro de una actividad profesional<sup>40</sup>.

Es así que, como se mencionó anteriormente en el análisis del artículo 146 del COIP, además de las consideraciones mencionadas, debemos añadir la acotación de que en el citado artículo no se debe confundir el requerimiento de un sujeto activo cualificado por el simple hecho de mencionar la infracción de un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, pues como acertadamente dice Santiago Mir no es necesario la cualificación del sujeto como profesional, más bien basta que una persona realice actividades dentro de un ámbito profesional, en resumen no hace falta un título profesional para que un sujeto pueda cumplir este tipo penal.

Por referirnos a un ámbito distinto, es el caso de los delitos contra la salud pública, específicamente al art. 216 del Código Penal Ecuatoriano<sup>41</sup>, en donde si acepta la modalidad imprudente, más no la imprudente profesional. Sin embargo, es claro que dichos delitos, en su mayoría, pueden ser cometidos por personas que se desarrollen en el ámbito profesional. Así lo ha entendido el legislador Español, pues tipifica en los delitos contra la salud pública las imprudencias profesionales conjuntamente con su respectiva pena de inhabilitación. Refiriéndonos al artículo 363 del Código Penal Español, encontramos en la redacción del tipo, que podrán cometer el ilícito los productores, distribuidores o comerciantes, cuestión que ha planteado a la jurisprudencia y dogmática a tomar criterios sobre quienes pueden ser sujetos

39 CHOCLÁN MONTALVO, Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, op. Cit., p. 89.

40 MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, op. Cit., p. 292.

41 **Artículo 216.- Contaminación de sustancias destinadas al consumo humano.**- La persona que altere, poniendo en riesgo, la vida o la salud, materias o productos alimenticios o bebidas alcohólicas destinadas al consumo humano, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Con la misma pena será sancionada la persona que, conociendo de la alteración, participe en la cadena de producción, distribución y venta o, en la no observancia de las normas respectivas en lo referente al control de los alimentos. La comisión de esta infracción de manera culposa, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses.

activos del delito en cuestión<sup>42</sup>, pues para resolver este asunto, el Tribunal Supremo en una sentencia sobre un caso muy conocido, aplica la agravación a un comerciante sin título, en los siguientes términos: *“el carácter profesional de la imprudencia, por otra parte, no se debe entender de una manera puramente formal y por lo tanto limitada al ejercicio de una profesión titulada. Naturalmente que el otorgamiento de un título profesional es suficiente para estimarla, pero ello no significa que quede fuera de una protección penal más elevada otros ámbitos de actividad social más o menos constante que, por sus características, requieren especiales conocimientos y capacidades como consecuencia de los bienes jurídicos que puedan llegar a ser afectados”*<sup>43</sup>. En conclusión toda persona puede ser sujeto activo en el artículo 363; si bien es cierto que en el 216 del Código Penal Ecuatoriano no especifica sujetos activos, tampoco contempla una inhabilitación profesional; no nos referiremos a los demás ámbitos de imprudencia profesional, puesto que este no es el motivo del presente trabajo. En fin, como se ha dejado claro, la imprudencia profesional no solo debiera recaer en el homicidio.

### **Adecuación de los criterios de la imprudencia profesional a las previsiones del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.**

Con independencia de lo anunciado y desarrollado en epígrafes anteriores, referente a la imprudencia profesional, ahora quedan por analizar las previsiones relativas a la imprudencia profesional en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, cotejarlas con los argumentos del trabajo para que, de esta forma podamos dilucidar si tales previsiones han sido correctas y adecuadamente tipificadas en el Código Penal Ecuatoriano.

Está claro que no se puede negar la necesaria tipificación de una imprudencia profesional, precisamente porque los avances de la ciencia y la tecnología demandan mayor preparación respecto a las personas que desarrollan sus actividades en estos ámbitos, y más aún, desde que los conocimientos se volvieron complicados en su transmisión y aprendizaje. Es decir, para prevenir riesgos de lesiones a bienes jurídicos, se debe dotar de lineamientos al desarrollo de estas actividades, por lo tanto se debe dar una especial importancia a los profesionales ya que su desempeño siempre estará ligado al desarrollo de la sociedad, precisamente por el campo en el cual se desempeñan y es por esto que se les exige conocimientos especiales para desempeñar su actividad, con un adicional, generalmente al encontrarse desarrollando sus actividades profesionales, están en íntima relación con los bienes jurídicos más importantes que protege el Derecho Penal.

En tanto, es adecuada la línea político criminal que ha dado lugar a la tipificación de las imprudencias profesionales, empero, si se sostiene su tipificación, esta, por ende, debe contener una amenaza penal diferente a la imprudencia común, puesto que de lo contrario no tendría ningún sentido incluirla.

Por lo estipulado en líneas anteriores, se entiende que la pena establecida para esta clase de imprudencia debe ser mayor (en referencia al añadido de la pena de inhabilitación), ya que tiene mayor responsabilidad quien tiene mayor formación; en suma, la imprudencia profesional es la infracción del deber de cuidado realizada en el ejercicio de su profesión, o dicho en otras palabras, cabe imprudencia profesional si el hecho revelara la incapacidad técnica para ejercer su profesión determinada.

En el Artículo 27 Código Penal Ecuatoriano, nos establece el lineamiento de la imprudencia de la siguiente manera:

42 GUIASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op.cit., p. 174.

43 STS, de 23 de abril de 1992. F. 8

**Artículo 27.- Culpa.-** Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.

En el artículo citado, además de establecernos los requisitos de la imprudencia, también es claro que optamos por el sistema de *numerus clausus*, el más adecuado según líneas político criminales.

El artículo 145 del Código Penal Ecuatoriano en su primer inciso nos estipula el homicidio imprudente común de la siguiente manera:

**Artículo 145.- Homicidio culposo.-** La persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Mientras que en el Artículo 146 del Código Penal Ecuatoriano se tipificó el homicidio imprudente por mala práctica profesional que en su forma simple manifiesta:

**Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.-** La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasiona la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Y además en su inciso cuarto (art. 146) nos establece las pautas para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado:

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

Respecto de este inciso, el delito imprudente es un delito de resultado, es decir sin la producción de un resultado típico no hay responsabilidad por imprudencia. El legislador ha aplicado la técnica de la imprudencia para fortalecer la protección a los bienes jurídicos que, como sabemos, han sido preservados fundamentalmente frente a ataques dolosos. Pese a que concurren todos los elementos del delito imprudente, no podemos hablar de responsabilidad penal por imprudencia si no existe la producción de un resultado lesivo para el bien jurídico<sup>44</sup>; además se debe acotar que el resultado debe ser consecuencia directa de la falta al deber de cuidado, es decir, que si en una situación determinada, pese a que haya la existencia de una infracción a un deber de cuidado, se produce una lesión al bien jurídico, pero

44 MAPELLI CAFARELA, Borja, *Curso Derecho Penal Parte General*, op. Cit., p. 166.

dicha lesión no tiene relación de causalidad con la mencionada infracción, debemos llegar a la conclusión de inexistencia de imprudencia con respecto al bien jurídico lesionado.

Por ejemplo: un médico receta a su paciente medicamentos para el dolor de cabeza a pesar que el paciente acudió a la consulta por una fuerte gripe que le aquejaba (clara existencia de la infracción del deber de cuidado por parte del médico), posteriormente el paciente al llegar a su casa se da cuenta que la misma ha sido robada, acto seguido se le explota un aneurisma cerebral y muere; el médico y su infracción no tenía nada que ver con el motivo del fallecimiento del paciente, puesto que ningún medicamento para el dolor de cabeza puede ocasionar una explosión de un aneurisma.

Por otro lado, también se establece que se debe prestar atención a las capacidades individuales del profesional, es decir, su experticia o experiencia referente a la actividad que desempeñe, y de este modo poder establecer si el resultado le era previsible o no, y de serlo entonces llegar a la conclusión que le era evitable, puesto que de aquello que es imprevisible no existe ni puede existir un deber de cuidado para intentar evitarlo<sup>45</sup>, en conclusión, no se puede hablar de una infracción si el autor no puede reconocerla como tal<sup>46</sup>

Ahora bien, el Código Penal Ecuatoriano define lo que se debe entender por imprudencia en el art. 26, sin alejarse del contenido que actualmente posee la imprudencia, es decir como la infracción de un deber de cuidado; importante cambio de concepción, ya que anteriormente asistíamos a una concepción psicologista de la imprudencia.

En lo que respecta a los delitos de la parte especial del código, se van produciendo sus diferentes matices que ya se hemos apuntado, específicamente los propios de la imprudencia común y la imprudencia profesional, cuya principal diferencia radica en el cometimiento del hecho en el ejercicio de su profesión, lo que debe ser entendido no desde un punto meramente formal sino también material. Es decir, no es requisito fundamental poseer un título profesional sino solo desarrollar su actividad en un ámbito profesional y que dicho desarrollo sea habitual y continuo de modo que represente su modo de vida, mientras que en la imprudencia común el acaecimiento del hecho imprudente puede ser dado por cualquier persona, profesional o no, en cualquier circunstancia de peligro, no necesitando ser habitual su desempeño imprudente.

Empero con los artículos citados, se desprende una observación de acuerdo a la tipificación de la imprudencia profesional, pues hemos sostenido que la infracción de un deber de cuidado en la rama profesional no determina un incremento de la penalidad de modo general, es decir, la infracción del deber de cuidado profesional, no representa un mayor grado de injusto, puesto que, como se explicó en párrafos anteriores, el cuidado objetivo que haya infringido el profesional, será el mismo que infrinjan los no profesionales: el necesario, esto además queda por demás sentado si tenemos en cuenta lo que estipula el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal, al momento de mencionar que: "Art 27.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado que *personalmente le corresponde* produciendo un resultado dañoso".

Sin embargo la pena de privación de libertad desde nuestro criterio, es inadecuada en el artículo 146, ya que se debe imponer la misma pena general tanto en los homicidios imprudentes comunes como en los homicidios por mala práctica profesional, la distinción radica en la pena accesoria que se imponen a los profesionales, la pena de inhabilitación. La misma no significa, como se ha dicho, que el hecho en su injusto sea más grave, sino que el Código

45 LUZÓN PEÑA, Manuel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 291.

46 GARCÍA, Percy, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ed. Grijley, Lima, 2008, p. 432, 433.

Penal posee medidas de prevención especial, siendo la pena de inhabilitación una de estas (como son también las suspensiones de licencias de conducir, o suspensiones de licencias para ejercer el cargo de agente aduanero, etc.), la misma que cumple una función de seguridad frente a la peligrosidad revelada por el profesional en el ejercicio de su profesión, que como se dijo anteriormente, no es sancionado por peligroso, sino porque, una vez sancionado un profesional, se presume peligroso su ejercicio.

Otra cuestión de especial observación, al realizar un análisis comparativo entre códigos penales Ecuatoriano y Español, sobresalta en la asignación de la imprudencia profesional solo al delito de homicidio, mientras que el legislador Español asigna imprudencias profesionales a un sinnúmero de ámbitos no solamente al homicidio. Salta al pensamiento la ausencia legislativa en los casos de lesiones imprudentes también al feto, o aborto imprudente, por ejemplo. Y por ende sobre este último es de cuestionarse si el mismo debe ser tratado como un homicidio imprudente por mala práctica profesional o de ser el caso un homicidio imprudente común, o si es un hecho atípico, cuestión que ha planteado varias discusiones y análisis en la doctrina y jurisprudencia española.

## CONCLUSIONES:

Sin duda, al no encontrarse tipificado expresamente en el Código Penal la forma imprudente del aborto, se debe sostener que la solución a estos supuestos es la atipicidad, por respeto al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

La misma solución se planteó frente a la legislación Española antes de la reforma del código de 1995 respecto de las lesiones al feto, que ya se incorporaron. Jurisprudencialmente se dieron criterios sobre los cuales las lesiones al feto pueden ser imputables al autor sosteniendo que, mientras no alcance la categoría de persona, es más objeto que sujeto pasivo del delito, y afirman que en estos casos de vida dependiente, las lesiones causadas en el periodo de gestación deben tener relevancia penal porque la acción se intenta y realiza sobre la madre, y el resultado trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, todo lo dicho se dio en base a una condena del Tribunal Supremo, en donde se sanciona a una comadrona por omitir poner en conocimiento del médico de guardia la situación de una mujer en estado de parto con evidentes señales de sufrimiento fetal, lo cual tuvo como resultado una parálisis cerebral del niño. De los hechos relatados se concluyó que existe una infracción grave del deber de cuidado debido por la comadrona y también un nexo de causalidad. Empero en la argumentación de la sentencia se expone argumentos de *lege ferenda*, la sentencia manifiesta “mientras no alcance la categoría de persona es más objeto que sujeto pasivo del delito; pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción se intenta y realiza sobre la madre, y el resultado trasciende al feto por ser parte integrante de la misma (...) Afirmando como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada”<sup>47</sup>.

Ahora bien, si lo que se piensa es en proponer que la acción y el resultado se dividan respectivamente, entre la madre y el feto, es totalmente descabellado basar la tipicidad sobre este fundamento, ya que este reparto de elementos del tipo plantea una deducción de tentativa de delito respecto a la madre, y un resultado sin acción respecto al feto, el problema

47 ROMELO CASABONA, Carlos María, “Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la Imprudencia del Personal Médico-Sanitario”, en Revista Jurídica de Castilla y León n° 13, op. Cit., p. 249.

radicaría en si el sujeto pasivo del delito de lesiones puede ser el feto<sup>48</sup>; pese a lo dicho, cualquier criterio jurisprudencial, respecto a la punición sobre estos supuestos se trata de una cuestión de *lege ferenda* ya que, de *lege lata* es acertada la impunidad vía atipicidad.

Por otro lado, si bien es cierto que la actividad médica está en mayor relación con la imprudencia profesional, no es la única rama profesional la cual se ve afectada por esta forma de comisión, en principio, mencionaremos los ámbitos que conllevan también una alta relación, tal es el caso de la imprudencia profesional en el ámbito de las relaciones laborales de la construcción, en el ámbito de la función pública, delitos contra la salud pública, en el ámbito alimentario, farmacéutico, etc. En suma, el Código Penal Ecuatoriano liga la única imprudencia profesional al delito de homicidio, con el adicional que en el artículo pertinente describe los requisitos necesarios que se deben cumplir para determinar la infracción del deber de cuidado, con ello quiere decir que las profesiones que resultan potencialmente comisivas del art. 146, son las que poseen un ámbito de desenvolvimiento con mayor tecnicismo, como los ingenieros, arquitectos, médicos, cuerpos militares, etc.

Respecto de los delitos de lesiones imprudentes, hay que aclarar que el artículo 156 del Código Orgánico Integral Penal se remite al artículo 146 para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado, pero esto no quiere decir que asimile las lesiones imprudentes profesionales, puesto que son cuestiones distintas, lo que realiza el artículo 156 es remitirse al 146<sup>49</sup> solo y únicamente con el fin de determinar las pautas para establecer una infracción al deber objetivo de cuidado, cuestión que desde mi punto de vista, dichas pautas deben venir establecidas en la Parte General del Código Orgánico Integral Penal al momento de definir la imprudencia en el artículo 27. En fin, no están previstas las lesiones imprudentes por mala práctica profesional, puesto que, como se ha dicho anteriormente el Código Penal Ecuatoriano únicamente establece una imprudencia profesional al homicidio, y la cuestión respecto de las lesiones únicamente se remite al artículo 146 con el fin de establecer una guía para determinar la infracción del cuidado debido, es decir, son dos cuestiones totalmente diferentes.

Ahora bien, en referencia a la **imprudencia común**, como se mencionó a inicios del presente trabajo, el Código Penal Ecuatoriano se ha decantado por la fórmula de *numerus clausus* para la tipificación de los delitos imprudentes, los cuales han sido destinados al homicidio art 145, lesiones del art. 152, incendios forestales art. 246, delitos de tránsito arts. 376-382, contaminación de sustancias para el consumo humano art. 216 y evasión art. 274.

48 ROMEO CASABONA, Carlos María, "Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la Imprudencia del Personal Médico-Sanitario", en Revista Jurídica de Castilla y León n° 13, op. Cit., p. 249,250.

49 **Artículo 152.- Lesiones.-** La persona que lesione a otra será sancionada de acuerdo con las siguientes reglas: 1. Si como resultado de las lesiones se produce en la víctima un daño, enfermedad o incapacidad de cuatro a ocho días, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días. 2. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, será sancionada con pena privativa de libertad de dos meses a un año. 3. Si produce a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de treinta y uno a noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. 4. Si produce a la víctima una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. 5. Si produce a la víctima enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si la lesión se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista para cada caso, aumentada en un tercio. La lesión causada por infringir un deber objetivo de cuidado, en cualquiera de los casos anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad de un cuarto de la pena mínima prevista en cada caso. **Para la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado se considerará lo previsto en el artículo 146.** No serán punibles las lesiones derivadas de acciones terapéuticas ejecutadas por profesionales de la salud en cumplimiento del principio de necesidad que precautele la salud del paciente.

Estos son los únicos delitos en la legislación ecuatoriana en los que cabe la modalidad imprudente, llamando la atención a la ausencia de los delitos contra bienes jurídicos colectivos como los delitos contra los recursos naturales, contra el medio ambiente y la naturaleza, contra el derecho a la cultura, contra la seguridad de sistemas de información, contra la fauna, etc., en donde solo cabe modalidad dolosa.

No hay que descartar tampoco, que en estos ámbitos delictivos también puede configurarse imprudencias profesionales, ya que no están ligadas solo al homicidio, cuestión distinta es que dichos delitos sean los más notorios socialmente por su obvia mayor gravedad, pero ello no quiere decir que no existan imprudencias profesionales con resultados diferentes a la muerte.

Finalmente, podemos cuestionarnos el posible concurso de leyes referente al homicidio imprudente y el homicidio imprudente por mala práctica profesional. En tal punto, considero que no podrá proceder dicho concurso, puesto que, si bien se sabe que el concurso de leyes supone que un mismo hecho encaja en varios tipos penales de la misma naturaleza, y que por principio de favorabilidad, el cual está consagrado en el Artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal numeral 2, se deberá aplicar la norma menos rigurosa.

No se podrá de ninguna manera aplicar dicho concurso, en vista de que el hecho que se estipula en estos dos tipos penales son de naturaleza diferente, pues, por un lado en el homicidio imprudente por mala práctica profesional, se exige que el sujeto activo cometa un homicidio en el ejercicio de su profesión, es decir, realizando su labor que supone su *modus vivendi* y su habitualidad, y que además, conlleve consigo una necesaria habilidad y conocimiento profesional, y por otro lado en el homicidio imprudente (art 145) es necesaria una imprudencia común, es decir, no se necesita que la misma sea realizada en un ámbito profesional, por lo que los hechos de estos dos tipos penales siempre serán diferentes; resumiendo, el profesional que cometa una imprudencia en el ejercicio de su profesión, jamás podrá ser imputado por un homicidio imprudente común, ya que se trata de un hecho específico que recaerá solo y únicamente en un tipo penal específico, que además exige una profesionalidad.

Lamentablemente, según el COIP, el profesional que causa la muerte negligentemente en el ejercicio de su profesión, soportará una pena menor privativa de libertad que el resto de los actores homicidas negligentes, a la que se sumaría una pena de inhabilitación una vez satisfecha la pena privativa de libertad.

## BIBLIOGRAFIA:

- CHOCLÁN MONTALVO, Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, *Derecho Penal, Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José, "La Imprudencia en el Código Penal de 1995 (Cuestiones de *lege data* y *lege ferenda*", en Cuadernos de Política Criminal n° 62, ed. Edersa, 1997.
- GARCÍA ANDRADE, José Antonio, *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*, ed. Edersa, Madrid, 1998.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, "la imprudencia profesional: una especie a extinguir", en Revista de Derecho Social n°6, ed. Bomarzo, 1999.
- GARCÍA, Percy, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ed. Grijley, Lima, 2008.
- GRATACÓS GÓMEZ, Núria, "La Imprudencia En El Nuevo Código Penal. Especial Referencia De La Imprudencia Profesional Y La Inhabilitación Especial Para El Ejercicio De Una Profesión, Oficio O Cargo", en Derecho y Salud N°5, ed. Asociación Juristas de la Salud, 1993.
- GUISASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- HAVA GARCIA, Esther, *La Imprudencia Medica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

- LUZÓN PEÑA, Manuel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MAPELLI CAFARELA, Borja, *Curso Derecho Penal Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, BdeF, Buenos Aires, 2000.
- PEREZ OLEA, Jaime, "El Tratamiento Médico y la Practica Quirúrgica", en *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XXXVII, vol. II, 1981.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Derecho Penal de la Culpa (imprudencia)*, ed. Bosch, Barcelona, 1958.
- REIGOSA GONZÁLEZ, Juan José, "La Imprudencia Medica", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña N°2*, ed. Universidad de la Coruña: Servicio de Publicaciones, 1998.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, "Evolución del Tratamiento Jurídico-Penal de la Imprudencia del Personal Médico-Sanitario", en *Revista Jurídica de Castilla y León n° 13*, 2007.
- SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Medicinas Alternativas e Imprudencia médica*, ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- SOLA RECHE, Esteban, ROMEO CASABONA, Carlos María y HERNANDÉZ PLASENCIA, José Ulises, "La Responsabilidad profesional del Médico en el Derecho Penal", en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales: presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo: XXII° Coloquio de Derecho Europeo*, ed. Universidad de la Laguna, 1993.
- TENA ARAGÓN, María Félix, "la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional", en *la imprudencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, dir. Cano Maillo Pedro, Madrid, 2005, p. 91, en el mismo sentido, GUIASOLA LERMA, Cistina, *La Imprudencia Profesional*, op.cit., p. 31, TAMARIT SUMALLA, Josep María, en *Comentarios a La Parte Especial del Derecho Penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Delitos Contra la Seguridad en el Trabajo, Cuestiones Concursales: Clasificación de la Imprudencia*, en *Revista de Derecho Social n° 3*, ed. Bormazo, 1998.
- YÁÑEZ PÉREZ, Sergio, *Refuerzo de la responsabilidad profesional por el Derecho Penal*, en "Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales", XXII° Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de Laguna, ed. Carlos María Romeo Casabona, Tenerife, 1993.

## **INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES**

1. Revista Derecho Penal Central es una publicación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador y del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas, que difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.
2. Al presentar sus contribuciones a la revista Derecho Penal Central, los autores declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas y la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales. Si el autor llegare a presentar un artículo ya publicado en otra revista, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.fjcps.rderechopenal@uce.edu.ec a la atención de Revista Derecho Penal Central
4. Los criterios de presentación de colaboraciones se detallan a continuación:
  - Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio e incluirán en su primera página título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, estas se deberán entregar numeradas.
  - Las colaboraciones en revista Derecho Penal Central pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y deberán contener como mínimo 15 páginas y máximo 30. Esta cantidad, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el Consejo Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apearse a las normas de estilo de la Modern Language Association (mla) o del Modelo Editorial Latino (ml) de pie de página.
  - Deberán ser escritos en formato .doc (Microsoft Word), en letra Times New Roman de 12 puntos, con interlineado de 1,0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.
  - En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.
  - Debido a que la revista Derecho Penal Central se publica anualmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio.
  - Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.
  - Los artículos serán evaluados por el Comité Editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema de par ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.

- Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser: «publicable», «no publicable» o «publicable con observaciones».
- La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.
- La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por parte de la revista, y de no contar con la declaración jurada, no procederá a la evaluación del artículo.
- El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose que haya un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.
- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del Consejo Editorial o un miembro del consejo y otro que será escogido por el director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.
- El dictaminador del artículo tendrá 22 días hábiles para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir:
  - si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación;
  - comentarios para el autor (indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar); y
  - sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema (sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos).





Este libro, que usó tipografía *Palatino* tamaño 11, se terminó de diagramar para su versión digital en Editorial Universitaria en el mes de febrero de 2025 siendo rector de la Universidad Central del Ecuador el Dr. Patricio Espinosa y director de Editorial Universitaria MSc. Edison Benavides.

