PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

# La Persona Jurídica como Víctima del Delito de Revelación de Secretos Empresariales en el Ecuador

RICARDO JOSÉ MOLINA ALARCÓN

DIRECTOR: AB. BYRON ANDRÉS RUIZ HERRERA

Quito, D.M., 2023

**Resumen:**

El objetivo de la presente investigación es analizar la relevancia de incluir al catálogo de delitos recogidos en el Código Orgánico Integral Penal, a la revelación de secretos empresariales desde una perspectiva de la persona jurídica siendo víctima de ello. Bien se conoce que las empresas son parte fundamental de una economía dinámica, es por ello que actualmente los métodos de protección legales enfocados al ámbito civil y administrativo para protegerlas de la revelación de secretos empresariales, resultan ser insuficientes para garantizar la protección íntegra a la economía de la que forman parte.

En sí, los secretos empresariales representan un activo patrimonial intangible fundamental para el crecimiento de la economía. Este último elemento pertenece a la garantía de tener, como Estado, una política comercial estable, transparente y justa, la cual colabore con el desarrollo socio económico de la sociedad. Incluir a este tipo penal legitimaría el accionar del poder punitivo del Estado en esta rama del Derecho, dando cumplimiento al principio de legalidad como mandato trascendental al momento de tipificar una conducta y, a su vez, sancionarla.

Lo anterior se encuadra en nuestra realidad cambiante, pues a medida que las sociedades se ven inmersas en nuevos riesgos que se producen en su interior, el Derecho -sin ser una excepción el Derecho Penal- se debe ir adaptando al ser el producto o respuesta a un fenómeno social. Ahora, complementando la idea anterior, sabemos bien que precisamente esta investigación responde a la tendencia existente de responder a nuevas formas de delincuencia, como la económica, a través del Derecho Penal, así como buscar la prevención de esta.

Es por ello que tomando en cuenta principios rectores del Derecho Penal, así como desarrollo dogmático como apoyo para este trabajo, y analizando la normativa vigente a la fecha correspondiente al secreto empresarial, se verificará la posibilidad de tipificar la revelación de secretos empresariales como delito en contra de la persona jurídica, o, en su defecto, confirmar que las medidas legales son suficientes para la protección de ellos.

**Palabras clave:** secreto empresarial, orden económico social, interés económico, teoría del cono, mínima intervención penal.

**Abstract:**

This research aims to analyze the relevance of including the disclosure of business secrets in the catalog of offenses covered by the Comprehensive Organic Criminal Code from the perspective of the legal person being the victim of such disclosure. It is well known that companies are a fundamental part of a dynamic economy, which is why, at present, legal protection methods focused on civil and administrative matters to protect them from the disclosure of business secrets prove insufficient to guarantee full protection of the economy of which they are part.

In themselves, trade secrets represent an intangible asset that is fundamental to the growth of an economy. This last element is part of ensuring that the State has a stable, transparent, and fair-trade policy, which contributes to the socio-economic development of society. Including this type of criminal offense would legitimize the action of the State's punitive power in this branch of law, complying with the principle of legality as a transcendental mandate when criminalizing conduct and, in turn, punishing it.

The foregoing is consistent with the fact that as societies are immersed in the risks involved in them, the law - without an exception - becomes more complicated as it is the product or response of a social phenomenon. Now, complementing the previous idea, we understand there is a tendency to respond to new forms of crime, as well as to prevent it.

That is why, considering the guiding principles of criminal law, as well as dogmatic developments that will help the development of this paper, and analyzing the regulations in force at the time corresponding to business secrecy, we will verify the possibility of classifying the disclosure of business secrets as a criminal offense, or, failing that, confirming that the legal measures are sufficient to protect them.

**Key words:** trade secrets, social economic order, economic interest, cone theory, criminal minimum intervention.

**ÍNDICE:**

***1.*** 4

***2.*** 8

2.1. 19

2.2. 21

2.3. 24

***3.*** 27

3.1. 34

3.2. 35

3.3. 42

3.4. 45

***4.*** 52

***5.*** 54

***6.*** 55

## 1. Introducción: El Secreto y su Protección Jurídica

El ser humano, por naturaleza, es caracterizado por algo inherente a su convivir, la curiosidad. Es innegable que somos curiosos, nos gusta descubrir el origen de las cosas, así como su funcionamiento y cómo mejorarlo, explotarlo y, por qué no, obtener un rédito económico de tal "curiosidad". Lo anterior no es un fenómeno de hace una o dos décadas, al contrario, desde el inicio de las actividades comerciales históricas que se remontan a más de 2000 años de antigüedad, los comerciantes han tomado ventajas competitivas frente a terceros para mantener su posición en el mercado, devenidas precisamente del conocimiento que adquieren y no divulgan. Schiller remonta la protección de la información no divulgada a la Antigua Roma, cuando se compraban esclavos con el fin de obtener información del vendedor (Schiller 1930).

Conjuntamente al descubrimiento y desarrollo de toda cosa que ahora usamos, se encuentra un elemento que ha ayudado a su preservación, uso, y crecimiento en cuanto al cómo hacer, qué hacer y cómo protegerlo de terceros, es decir, la preservación del conocimiento; pero a la par, también se debe mencionar que no todo el conocimiento respecto de estos inventos se publicita, sino que en varias ocasiones se reserva para beneficio de quien lo ha obtenido primero o lo ha perfeccionado.

Siguiendo el hilo de lo anterior, apliquemos lo dicho a ejemplos prácticos para evidenciar estas dos facetas del conocimiento. Actualmente, la mayoría de la población mundial usa Google, pero ¿Sabemos cómo funciona su algoritmo? Igualmente, conocemos el sabor de la Coca-Cola, pero ¿Sabemos cómo en realidad se elabora? Para ambas preguntas, la respuesta es un rotundo ¡no!

Si bien sabemos que Google es un buscador de información en la web, no sabemos cómo Google conoce qué nos gusta ver, comprar o buscar. Si bien sabemos que Coca-Cola es una bebida gasificada, no sabemos cómo esa bebida tan popular resulta ser tan deliciosa, puesto que no sabemos cuál es su proceso de elaboración, ya que son pocas las personas que conocen de sus componentes. Es entonces donde queda minúscula la curiosidad frente a la adversidad del secreto y su protección para evitar la revelación de información protegida.

Es entonces que, a la par de un constante desarrollo del conocimiento dentro de la sociedad, las personas empezaron a buscar la forma de que los secretos sean protegidos

por el Derecho, incorporándolos en el ámbito de protección de varios bienes jurídicos relevantes para la sociedad, de las más distintas naturalezas, como por ejemplo el derecho a la intimidad, la capacidad competitiva de la empresa, el orden socioeconómico e incluso el patrimonio de las personas, tanto naturales, como jurídicas. Es decir, encontrando en aquellos bienes jurídicos un interés legítimo para su protección.

En este sentido, la necesidad de mantener cierto conocimiento en secreto se encuadra claramente en la definición de derecho subjetivo que ve en aquel una facultad, que puede ser entendida como una pretensión, potestad o poder. Esta facultad es para hacer algo o no hacerlo, para exigir a otro alguna cosa (Hernán Salgado. 2014). En el presente caso, tal facultad, aplicada al caso concreto, deviene en aquella exigibilidad que tiene una persona frente a otra de que la información que ha compartido en secreto no sea revelada, siempre que exista un interés legítimo para mantenerla oculta. Como facultad de la persona titular del derecho al secreto, se debe encontrar la vía idónea para hacerlo exigir.

Pues bien, para entender las características que debe tener un secreto, Juan Carlos Riofrío establece algunos requisitos. Los elementos claves a cumplir son 5: posesión, de información, oculta, de forma custodiada y por parte de una persona o conjunto de ellas. Desglosemos cada uno de ellos:

**a)** Posesión: Con posesión nos referimos a que el secreto se encuentra en conocimiento de una persona y que, a pesar de que aquella no comprenda la totalidad del secreto, existe una asimilación mental de la información, es decir, si se llega a dar una revelación a un tercero no autorizado, se configura violación al secreto.

**b)** De información: Este es el objeto material del secreto, el conocimiento cuya no divulgación se intenta proteger. De la naturaleza de la información dependerá si revelar el secreto resulta una actividad lícita o ilícita.

**c)** Oculta: Este elemento implica que la información no está en posesión de la mayoría de las personas. Por lógica, si es que la información fuese fácil de adquirir, no tendría que ser oculta y vendría a ser información totalmente pública.

En otras palabras, para constituir secreto, la información debe ser de difícil adquisición.

**d)** De forma custodiada: Deben existir medios por los que se intente mantenerlo reservado. De allí surge que, mientras más custodiado un secreto sea, más fácil será colegir su existencia.

**e)** Por parte de una persona o un conjunto de ellas: En este elemento se habla de una doble posesión, es decir, existe tanto la persona que emite la información, como el que la recibe. tomemos en cuenta que, mientras aumenta el número de poseedores del secreto, se puede desvirtuar el mismo. Como consecuencia de que varias personas conozcan el secreto, se da el cese de la obligación de mantenerlo en secreto debido a que la información pasa a ser de carácter público.

Ahora bien, un quinto elemento aparece en el caso definir al secreto como un derecho. Este elemento radica en el interés legítimo que mantiene una persona, ya sea natural o jurídica, para que siga oculto, es decir, encuadrando su interés legítimo en el espectro de protección de un bien jurídico de relevancia para el Derecho. Por ejemplo, Tiedemann manifiesta, en el caso del secreto empresarial, que dicho interés se centra en hacer prevalecer su posición económica y competitiva frente a otras con igual o similar interés, de forma que represente una ventaja dentro del mercado en donde se desempeñe frente a terceros (Tiedemann. 2012).

En tal sentido, y ubicados estos requisitos, debemos ser claros en que no todo secreto guarda relevancia jurídica o constituye un derecho, ya que la custodia de aquellos no necesariamente debe estar apoyada por una norma jurídica, dicha protección también se puede lograr a través de la propia moral o los usos y costumbres de una sociedad.

En esa misma línea, la relevancia jurídica del secreto se mide a través de la existencia de un interés legítimo por parte de la persona que busca que la información se mantenga en reserva. En otras palabras, al derecho no le interesa el secreto que guarda un estudiante de universidad acerca de cómo resolver un problema matemático, sino le interesa cómo ese estudiante de universidad, con esa fórmula matemática, logra optimizar un proceso dentro de una empresa para el crecimiento en sus ventas con menores costos.

A su vez, se debe decir que el contenido del derecho al secreto no es absoluto, sino que funciona a través del principio de excepcionalidad, es decir, que siempre existirán excepciones para su tutela. Un ejemplo claro de ello es lo que establece la Directiva de la Unión Europea, ya que permite a los Estados miembros conferir la mayor cantidad de protección al secreto empresarial, siempre y cuando se respeten los conocimientos y experiencias del trabajador (2016/943 UE).

Finalmente, tomando el mismo ejemplo, y basándonos en la definición propia de "derecho" visto desde un punto de vista subjetivo, se debe tener en claro que la persona que ostenta la titularidad del secreto relevante para el derecho no tiene la obligación de guardarlo, pues puede disponerlo a su gusto, revelándolo cuando quiera y a quienes quiera. Así mismo, si es que la persona quisiera guardar el secreto porque observa que puede proteger un interés legítimo, ella se encuentra en total facultad para hacerlo. Evidentemente, si decide no revelarlo, el ordenamiento jurídico se encuentra en la obligación de tutelar el derecho a su secreto.

Los requisitos mencionados para la existencia de un secreto, así como para dotarle de relevancia jurídica, también pueden ser aplicados al secreto empresarial, definido por Gómez Segade citado por Patricia Alvear como todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales o comerciales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantenerlo oculto. En el caso de este tipo de secreto, el titular, tanto una persona natural como jurídica, puede exigir este derecho frente a terceros por su carácter potestativo de hacerlo, siempre y cuando se cumpla el precepto de que aquella información que se pretende resguardar sea un activo patrimonial o genere expectativas de ganancia, y que esta, sea desconocida por el competidor de un mercado relevante.

Sintetizando, esta información debe estar relacionada con el ejercicio legal de una actividad empresarial que se desarrolle en un mercado dentro del que se le dé valor económico (Estrada i Cuadras. 2017). El interés legítimo que la persona tenga en mantener el secreto se basa entonces en aquél activo de la empresa que tiene un valor económico y que, si se llegara a revelar, el perjuicio económico alteraría el desarrollo de la empresa, las personas que la componen y su rol en el mercado en donde su actividad económica se lleva a cabo, llegando inclusive en los casos más graves a generar desestabilidad dentro de dicho mercado.

Como es evidente, no toda información puede formar parte del secreto empresarial que se protege, pues sería incorrecto mencionar que se puede dirigir dicha protección a mercados que pretendan obtener una expectativa de ganancia en un "mercado" en donde se está desarrollando una actividad ilícita. Con la protección del secreto empresarial, se previene entonces la lesión de intereses individuales y colectivos legítimos que, como veremos de inmediato, no solo buscan la protección del patrimonio de quien posee la información, sino que se extienden a los beneficios sociales del secreto empresarial.

Ahondando en lo anterior, la protección jurídica del secreto empresarial va de la mano con la posibilidad de maximizar la inversión en innovación y desarrollo, siendo la protección jurídica condición necesaria para la consecución de este fin. Así también, un cierto grado de protección legal de los secretos empresariales favorece a inversiones, investigación y desarrollo de un país, siendo razonable por ello que el Estado, mediante el legislativo, proponga proteger los secretos empresariales de oferentes y potenciales oferentes en los mercados que los favorezcan. Y es que la razón no pide fuerza, lo dicho ya ha sido tomado en consideración inclusive por la Comisión Europea, en el año 2016, cuando en su opinión concluyente se menciona que:

> "La falta de instrumentos jurídicos eficaces y comparables para la protección de los secretos comerciales en toda la Unión Europea menoscaba los incentivos para emprender actividades transfronterizas en el mercado interior asociadas a la innovación e impiden que los secretos comerciales puedan liberar su potencial como estímulos de crecimiento económico y de empleo."

Como se puede ver, es evidente que el secreto empresarial es susceptible de protección como un derecho dentro del ordenamiento jurídico debido a su importancia no solo en el ámbito personal de su titular, sino además por las implicaciones que su desarrollo tiene en los consumidores, los inversionistas, el mercado en su conjunto y como tal dentro de la sociedad.

## 2. Sección 1: El secreto empresarial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: Situación actual

Nuestro ordenamiento jurídico, como veremos más adelante, enmarca la conducta de revelar secretos mucho más hacia el ámbito profesional, sin una consideración mayor

al secreto empresarial. Su diferenciación radica en que el secreto profesional lo guarda una persona en razón de su oficio, por ejemplo, el secreto que guarda un abogado sobre lo comentado por su cliente, así: Si a un despacho jurídico llega cierta persona con el fin de tener una asesoría y acompañamiento legal, debido a que ha estafado a alguien, detalle que le indica al abogado, sobre aquello, el profesional está obligado a guardar el secreto de su cliente; caso contrario, como se verá más adelante, estaría incurriendo en un delito de revelación de secretos.

Esta orientación mayor del ordenamiento jurídico respecto al secreto profesional se debe, en su gran mayoría, a que los secretos profesionales tienen como interés legítimo de custodia al derecho a la intimidad de la persona a la que presta sus servicios determinado profesional, así, si vemos la referencia constitucional hacia el secreto podremos observar casos como el de la inviolabilidad de la correspondencia, secreto profesional del abogado y el secreto profesional del periodista. Es decir, son asuntos que por guardar como fundamento un derecho humano trascendental, guardan mayor importancia para el legislador.

Lo mismo ocurre en el ámbito penal, pues cuando observamos la referencia al secreto en nuestra legislación punitiva, solo observamos tratamiento sobre el secreto profesional en el capítulo relacionado a los delitos en contra de la “intimidad personal y familiar” dentro del Código Orgánico Integral Penal. Como se demuestra, en nada tienen que ver estas regulaciones con el secreto empresarial y su interés legítimo de protección, ya expresado anteriormente y que no guarda relación directa con la intimidad personal y familiar.

Es así como el secreto empresarial se diferencia del secreto profesional, debido a que el primero lo que busca es el deseo de mantener oculta la información por su valor económico y como activo intangible dentro de la empresa, para mantener una ventaja competitiva sobre el resto y evitar distorsiones ilegítimas en el mercado dentro del que se desenvuelve. Mientras que, el segundo tipo de secreto, como establece el diccionario de derecho de Rafael Pina (2004) es la reserva a la que se encuentran obligadas determinadas personas en virtud de la cual no pueden divulgar los hechos cuyo conocimiento hayan obtenido en el ejercicio de sus actividades profesionales, usualmente con basamento en la intimidad de las personas.

Una vez que se ha analizado cuándo las personas poseen derecho al secreto, y habiéndose mencionado que no todos los secretos tienen como basamento la intimidad, sino que existen otros derechos e intereses sociales que se pueden proteger a través del secreto, en su ámbito empresarial, observemos a detalle cómo la legislación nacional regula a esta segunda arista y si todas las áreas de interés de esta se encuentran tuteladas por el ordenamiento jurídico.

El Ecuador recoge la violación del secreto empresarial en el extenso y poco utilizado artículo 27 numeral 7 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, el cual, en su parte pertinente establece que:

> **"Art. 27.-Prácticas Desleales. -** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:
> (…) 7.-Violación de secretos empresariales. -Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero. (…)"

En cuanto al ámbito societario, en el año 2019 mediante las reformas a la Ley de Compañías, entró en vigor el artículo 262.1, perteneciente al deber de lealtad de los administradores frente a la compañía, el cual busca mantener información confidencial y secretos de la empresa oculta, siendo el resultado de su vulneración una inminente responsabilidad civil:

> "**Art. 262.1.-Deber de lealtad. -**Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la compañía. En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:
>
> (…) b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él y hasta por un año contado a partir de su desvinculación, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.
>
> (…) La infracción del deber de lealtad, resuelto en sede judicial, determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social en caso de haberlo, sino también la de devolver a la compañía el enriquecimiento injustificado obtenido por el administrador, cuando correspondiere."

Este tipo de regulaciones obedece al nacimiento de los conflictos entre administradores y las personas que forman parte de la persona jurídica durante inicios del siglo XX, cuando la economía global se vio amenazada con el poder de los monopolios

y la carencia de competitividad dentro del mercado (Niño. 2015). El desate del uso de información privilegiada, extorsión y amenazas llevaron a que el ser humano tenga que acoplar decisiones sobre la necesidad de frenar este problema. Como consecuencia, los administradores, en total disgusto con las condiciones laborales y sociales en las que se desarrollaba su trabajo, a diario empezaron a divulgar los secretos de las compañías en donde laboraban, haciéndola cada vez más pública y poniéndola a total disposición de la competencia.

De igual forma, el Código de Trabajo secunda en su capítulo de obligaciones del trabajador, que se debe guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurra, directa o indirectamente, o de los que él tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecuta. Por lo general, es común ver estas prohibiciones dentro del contrato de trabajo que el empleador y el trabajador firman. Existen cláusulas dentro de estos contratos de trabajo en las que se especifica que todo secreto conocido por el trabajador en el desempeño de sus funciones dentro de la empresa puede hacer uso del secreto siempre y cuando lo mantenga en cautela frente a los demás.

Por su parte, dentro del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (COESCCI), el Artículo 545 nos dice:

> **Art. 545.-Protección de secretos empresariales. -** En todo proceso o diligencia que involucre secretos empresariales, la autoridad respectiva deberá adoptar todas las medidas necesarias para proteger dichos secretos. Únicamente la autoridad competente y los peritos designados tendrán acceso a la información, códigos u otros elementos, y exclusivamente en cuanto sea indispensable para la práctica de la diligencia de que se trate. Todos quienes de conformidad con el inciso anterior tengan acceso a tales secretos quedarán obligados a guardar absoluta reserva y quedarán sujetos a las acciones que este Código y otras leyes prescriben para la protección de los secretos empresariales. En cualquier caso, la autoridad competente podrá abstenerse de ordenar a una de las partes del proceso que revele secretos empresariales, cuando, en opinión de dicha autoridad, la revelación resulte impertinente a los fines del proceso.

Cuando el citado artículo se refiere a todo proceso o diligencia, tenemos que enfocar el enunciado en un ámbito del procedimiento administrativo, mas no judicial. Lo anterior responde a la naturaleza misma del medio por el cual se reclama un derecho intelectual. No obstante, de lo anterior se resalta como punto trascendental para el desarrollo del

presente trabajo la protección de secretos empresariales recogida en este cuerpo legal al verse reflejada en tres partes; primero, la adopción de medidas de protección para secretos empresariales; segundo, la restricción de acceso a la información parte del secreto; y, tercero, la reserva del secreto por parte de la persona que conozca sobre él.

Estos tres elementos colindan entre sí para dar como resultado un conocimiento y análisis que permite discernir qué constituye un secreto empresarial dentro de un proceso y si su revelación debe ser o no relevante para las partes. Claramente, este artículo se muestra mucho más inclinado a defender y acoplarse a nuevas formas de aceptación sobre los elementos constitutivos de la empresa y la importancia que los secretos empresariales tienen sobre ellos.

Finalmente, la Decisión 486 de la Comunidad Andina, por ser norma vinculante para el Ecuador, resulta importante de analizar, pues dentro del capítulo de secretos empresariales, define qué elementos se tienen que configurar para que un secreto se pueda considerar como objeto de protección para el ámbito empresarial, además de establecer medidas para su efectiva protección frente a una posible divulgación o adquisición por medio de aquellos contrarios a su uso doméstico, como por ejemplo, haberlos adquirido por causa de una divulgación, abuso de confianza o incluso un incumplimiento a un deber de lealtad. De igual forma, dentro del mismo capítulo, excluye aquellos secretos no considerados como empresariales.

La definición y elementos configuradores de lo que son los secretos empresariales, se pueden ver claramente distinguidos en el Art. 260, que establece:

> "**Art. 260.-** Se considerará como secreto empresarial **cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial**, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) **Secreta**, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) Tenga un **valor comercial por ser secreta;** y, c) Haya sido **objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta**. La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios." [el énfasis me corresponde]

En síntesis, aquella información no divulgada que una persona natural o jurídica posea, que sea parte de una actividad empresarial, y que reúna los elementos de ser secreta, tener un valor comercial por ser secreta y que haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta, podrá configurar un secreto empresarial. Ahora, una vez vistos los elementos de un secreto empresarial, la Decisión también especifica los que no ostentan dicha calidad en tanto que:

> **"Art. 261.-** A los efectos de la presente decisión, **no se considerará como secreto empresarial aquella información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial**. No se considerará que entra al **dominio público** o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualesquiera otros actos de autoridad." [el énfasis me corresponde]

Se evidencia que aquella información que no se debe considerar como secreto empresarial es, básicamente, aquella que ya es de conocimiento público, tal y como se dijo en la primera parte del presente trabajo, además de la que está obligado su titular a revelar, por disposición legal o judicial.

Como último punto relevante se debe manifestar que la Decisión es amplia al ejemplificar las causales por las cuales el secreto empresarial es obtenido contrario a la licitud de su adquisición. En su Art. 262, se establece lo siguiente:

> **"Art. 262.-** Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros.
>
> Un secreto empresarial se considerará adquirido por medios contrarios a los usos comerciales honestos cuando la adquisición resultara, entre otros, del espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad, o la instigación a realizar cualquiera de estos actos."

Es así como, una vez enunciada la normativa ecuatoriana sobre la dimensión del secreto empresarial en el Ecuador, observamos que aquella está orientada al ámbito emitentemente civil, laboral, comercial y societario, siendo que las responsabilidades devenidas de la vulneración al secreto empresarial recaen, según la legislación ecuatoriana, en el ámbito precisamente civil, laboral o administrativo; por ello, es hora de preguntarnos: ¿Existe regulación en el Derecho Penal cuando se habla de revelación de

secretos empresariales? Pues, la respuesta es que no existe una regulación precisa, ya que el único delito relacionado a la materia de secretos es el establecido en el Art. 179 del Código Orgánico Integral Penal.

El mencionado artículo sanciona la revelación de secretos enfocados al eje profesional, es decir, el secreto que se genera entre un cliente y el profesional que ha contratado, al comentarle cuestiones devenidas de su vida privada que son necesarias para el desarrollo de las labores contratadas, lo cual evidentemente tiene que ver solo con el derecho a la intimidad, como el propio Código lo dice al enunciar como bien jurídico lesionado a la "integridad personal y familiar".

Para ilustrar lo manifestado citemos la normativa penal referida:

> "**Art. 179.- Revelación de secreto o información personal de terceros. -** La **persona que, teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación cause daño a otra persona y lo revele**, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. No habrá delito en aquellos casos en que el secreto divulgado verse sobre asuntos de interés público (…)" [el énfasis me corresponde]

Se evidencia entonces que la normativa penal no ha tomado en consideración la problemática social que se genera alrededor del secreto empresarial, pues, al ser estos de otra categoría que los profesionales y al no lesionar su revelación el bien jurídico "integridad personal y familiar", el aplicarlo para imponer una sanción penal sería un total desatino, pues, sería irrespetar el principio de legalidad (sustantivo) consagrado en el artículo 76.3 de la Constitución de la República y replicado en el artículo 5 numeral 1 del COIP, que no permite extender la aplicación de la ley penal sin que haya una infracción penal previamente tipificada a la comisión de la conducta.

Sobre los tipos penales en general, de los cuales el estudiado no es la excepción, se debe recordar que conforme lo establece el Art. 13 numerales 2 y 3 del COIP, la interpretación de los elementos de los tipos penales y penas que conlleven no debe ser extensiva sino de acuerdo únicamente con su interpretación literal (*lex certa*), siendo que está prohibido utilizar analogías para crear infracciones penales *(lex stricta)*. Estas normas, son aristas del principio de legalidad sustantivo que deben ser respetadas.

Respecto al punto determinado en el párrafo anterior, han existido sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que delimitan el alcance de las diversas aristas del principio de legalidad sustantiva y, en específico, la *lex certa* y *lex stricta*. Así, se puede ver en el Caso "Pollo Rivera y Otros vs. Perú" (párrafo 219), lo siguiente:

> "La elaboración correcta de los tipos penales deberá cuidar siempre **definiciones claras** de las conductas incriminadas, que fijen sus elementos objetivos y subjetivos de modo que **permita deslindarlas** de **comportamientos no punibles o de otras conductas ilícitas sancionables con medidas no penales**. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado **de la manera más clara y nítida que sea posible**, en forma expresa, precisa, taxativa y previa (…)" [el énfasis me corresponde]

Del extracto se desprende que, si es que se quiere incluir al catálogo de delitos uno nuevo, se debe observar que la conducta que se pretende sancionar por la vía penal se encuentre claramente definida, con el fin que se pueda diferenciar de comportamientos no punibles, u otras conductas ilícitas sancionadas fuera de la esfera de lo penal. El efecto de respetar el elemento de *lex certa* evidencia nitidez en cuanto al entendimiento de la ley penal y así, como consecuencia, la posible aplicación del tipo penal.

Por otra parte, en cuanto a *lex stricta*, la aplicación de este elemento se desprende en cuanto a la categorización de un hecho como ilícito y su diferenciación con lo que no lo es. La suma de los dos elementos da como resultado el cumplimiento de una interpretación literal de la ley penal, además del establecimiento de normas preexistentes al cometimiento de la infracción.

Siendo igualmente los bienes jurídicos u objetos jurídicos, elementos objetivos constitutivos del tipo penal, también sobre ellos recae la misma disposición normativa citada en el párrafo anterior y las reglas de interpretación que de ella surgen, resultando imposible en todo sentido, el poder interpretar el tipo penal de revelación de secretos profesionales y extenderlo para entender que en él también se encuentra tipificada la revelación de secretos empresariales, aquello, sería utilizar analogía prohibida por la norma y hacer una interpretación extensiva del elemento objetivo "bien jurídico" del tipo penal en estudio.

Para ahondar lo dicho en el párrafo anterior, debemos entender que los bienes jurídicos fungen como sustento para determinar la antijuridicidad material de los tipos

penales y además forman parte de los elementos objetivos para efectos de la tipicidad; en tal sentido, la conducta descrita en el tipo tiene que lesionar o al menos poner en peligro el bien jurídico para poder considerar no solo que es relevante para el Derecho Penal sino además que tiene disvalor de resultado.

La determinación del bien jurídico al que afecta un tipo penal no le corresponde ni al juez ni al intérprete de la norma penal; aquello, en virtud del principio de legalidad sustantivo, es una labor que le corresponde al legislador, quien la cumple al momento en que expide la norma jurídica contentiva del tipo penal y la ubica dentro del título del Código Orgánico Integral Penal en el que se sitúan las conductas atentatorias en contra del bien jurídico escogido como fundamento de la antijuridicidad del tipo penal. En otras palabras, si el legislador escogió un bien jurídico como elemento objetivo del tipo penal, no le corresponde al interprete cambiarlo, pues con ello atentaría contra el principio de legalidad.

Así, sabiendo que el secreto empresarial no tiene como interés legítimo de protección el derecho a la intimidad sino otros bienes jurídicos distintos, como podrían ser el orden económico o inclusive la propiedad, no sería correcto en lo absoluto el "adecuar" el uso del tipo penal de revelación de secretos, ubicado según el legislador en la parte del Código que contiene las conductas que atentan contra la "integridad personal y familiar", para sancionar las vulneraciones al secreto empresarial.

Dicho lo anterior, si bien la respuesta a la interrogante planteada es negativa, es decir, que el Derecho Penal ecuatoriano actual no contiene tipos penales que lesionen el secreto empresarial, no por ello podemos concluir que no exista la posibilidad de generar un debate en torno a la creación de nuevos tipos penales que amplíen el espectro de la tipicidad hacia nuevas conflictividades sociales, como lo es el desarrollo empresarial.

En este sentido, podemos observar que varios penalistas, como, por ejemplo, Silvana Bacigalupo (2020), nos dice que la introducción de nuevos delitos tendientes a reforzar la legislación penal en este ámbito, determinarán un nuevo camino para la actividad empresarial, el buen gobierno corporativo, la responsabilidad social corporativa, entre otras, para evitar afectar, sobre todo, a la competencia empresarial leal. De no ser de este modo, quedaríamos en total retroceso frente a las tendencias de

globalización de mercado, interés de comercio y protección de mercado con énfasis en el Derecho Penal.

Integrando los elementos hasta aquí mencionados con el objetivo de definir la postura tomada hasta este punto, se afirma que la tutela jurídica de los secretos empresariales consiste en la búsqueda de una competencia leal entre empresas que evite conductas fraudulentas o desleales que puedan generar distorsiones ilícitas en el mercado y desequilibrios económicos en la sociedad, para con ello, a su vez, generar incentivos de inversión por ventajas competitivas lícitas devenidas del propio secreto para sus titulares.

A estas ventajas se les atribuye el elemento del interés particular que cada empresa tendrá sobre el beneficio económico que el secreto empresarial generará, es decir, una expectativa lícita de ganancia que puede válidamente generar un reclamo de protección. En otras palabras, como establece Acevedo (2008), el acto de apoderarse lícitamente del secreto debe causar un resultado material; en este caso, el secreto sería propio de la empresa, y este, puede referirse a una venta, fusión, crédito, o algún descubrimiento que no ha sido planteado, que requiere protección por parte del ordenamiento jurídico.

No cabe duda entonces que el capital intelectual es uno de los activos más importantes dentro de una empresa y, como tal, va a ser el que reciba la mayoría de ataques ilícitos por parte de aquellas personas jurídicas o naturales que busquen una competencia desleal para obtener una ganancia ilegítima, por lo que implementar la vía penal (si bien con los límites que franquea un buen uso del principio de mínima intervención penal) para sancionar su revelación y uso en la legislación, es un debate válido que se deber tener por la simple razón de que, hoy en día, las formas de criminalidad que ejercen tensión sobre las condiciones necesarias para el desarrollo de las sociedades y sus miembros obedecen a una realidad muy distinta de la que se hablaba décadas atrás, en la que el Derecho de Competencia y las correctas prácticas corporativas ni siquiera eran tomados como puntos relevantes para la política criminal.

Y es que, si bien el Derecho Penal no puede regular todos los aspectos de la vida social, su uso en los frentes corporativos y empresariales no puede ser descartado de plano por no constituir un grado de violencia igual al que existen en delitos como el asesinato, robo o violación, pues el avance y desarrollo social permite ver que también en estos ámbitos corporativos, si bien los daños causados podrían no ser de igual magnitud que el

de los delitos mencionados, de todas formas, por recaer sobre relaciones conflictivas que traen consecuencias que superan a la propia empresa y se extiende a sus trabajadores, competidores y el mercado en general, guardan un interés colectivo de gran relevancia, siendo que cuando estas conflictividades no encuentran respuesta adecuada en las vías administrativas, extrajudiciales o extrapenales, el debate sobre su ingreso en el catálogo de delitos del Estado queda al menos habilitado, sino justificado por su importancia para un correcto desenvolvimiento de las sociedades modernas.

Añadido a lo anterior, el constante desarrollo de las relaciones empresariales lleva a implementar elementos fundamentales como la confidencialidad, la no explotación, la licitud de la actividad realizada y la reserva este activo intangible dentro de la empresa, todas ellas conductas que resultan en una expectativa lícita de protección que debería tomar en consideración el legislador, al representar no solo un beneficio para la empresa sino tender a un correcto gobierno corporativo y un sólido Derecho de Competencia. Por ello, la revelación de secretos empresariales, en aquellos escenarios en que su divulgación devenga de conductas altamente conflictivas e incluso violentas, requiere de la generación de una vía penal para sancionar dicha conducta.

En línea con lo anterior, se puede afirmar que la criminalidad moderna, como establece Laura Zúñiga (2016), se interrelaciona con las características de las sociedades modernas. Se puede decir que las sociedades que son parte de la cuarta revolución industrial presentan caracteres de complejidad empresarial, comunicativa, y en continua transformación, por esta razón el principio de realidad actual debe ser observado y respetado a cabalidad por el legislador, respondiendo a fenómenos delictivos.

Por ello, no se puede permitir que el Ecuador, que ha incursionado (si bien de forma tardía en este tipo de sociedades empresariales modernas) guarde una desconexión entre su avance económico social real y su avance legislativo, pues aquello conllevaría a dar carta abierta para que los operadores económicos se aprovechen de las lagunas legales (inclusive en el ámbito penal) que faciliten el cometimiento de conductas desleales y fraudulentas, en detrimento de una correcta política pública respecto de la regulación de las relaciones corporativas.

Simplemente para concluir, observamos que si bien no es un asunto fácil de discutir ni tampoco que guarda una respuesta uniforme, la incorporación de una figura típica de

revelación de secretos al catálogo de delitos de la legislación vigente, es una necesidad por el avance social y la necesidad de que estos nuevos horizontes corporativos no se queden sin regulación correcta, tanto más en aquellos casos en los que se dispone, deslealmente, fraudulentamente o incluso de forma violenta de un secreto empresarial.

En este contexto, adentrémonos entonces en el debate que gira en torno a la viabilidad de que la violación del secreto empresarial guarde cabida dentro del Derecho Penal, a través de la generación de tipos penales que castiguen las conductas que atenten contra la existencia del secreto o si, por el contrario, no es esta rama del Derecho la que debería estar encargada de su tratamiento.

### 2.1. El secreto empresarial en el Derecho Penal

Tradicionalmente, la información reservada con valor empresarial se ha clasificado en dos grupos: la de carácter comercial (secretos comerciales), como por ejemplo la famosa fórmula de la Coca-Cola de la que se habló en las primeras líneas, o un código fuente para el desarrollo tecnológico de una compañía como Apple o Windows; y, el segundo grupo es la información de carácter técnico-industrial (secretos industriales), claramente evidenciadas en procedimientos relacionados a campañas de marketing, listas de proveedores, clientes u operaciones financieras de la empresa.

Por su parte, el concepto de secreto empresarial o de empresa se ha empleado como el concepto que engloba a ambos tipos de información (Estrada i Cuadras. 2017). En otras palabras, cuando se habla de secreto empresarial en este trabajo, se entiende como tal tanto al secreto industrial o al comercial, en tanto sea de titularidad de la persona jurídica.

Ahora bien, para analizar la posibilidad de la aplicación de la revelación de secretos empresariales como delito en el Ecuador, es importante realizar un abordaje desde los estudios doctrinarios que se han ejecutado sobre el tema, con el fin de esclarecer el panorama práctico actual del mismo. Para lo anterior, empecemos tratando sobre los elementos constitutivos de la infracción que no guardan mayor discusión en la doctrina, estos son: el objeto material, el sujeto activo y el elemento subjetivo de la infracción.

En cuanto al objeto material de la infracción, en específico, me refiero a tres puntos de relevancia que recaen sobre el delito de revelación de secretos empresariales, tal y como lo plantea la doctrina: Primero, el carácter oculto; segundo, la voluntad del titular

del secreto de mantenerlo en secreto; y tercero, el interés legítimo en virtud del cual el titular en que el secreto no desea que sea conocido por el público, sino únicamente por un número reducido de personas tanto dentro como fuera de la empresa.

Con respecto al carácter oculto, la doctrina refiere que el objeto del delito recaiga exclusivamente sobre datos que la mayoría de los competidores desconozcan y cuyo conocimiento no resulte sencillo (Morón Lerma. 2002). El segundo elemento, la voluntad, simplemente se tiene que expresar realizando acciones para considerar que se quiso guardar un secreto empresarial, por ejemplo, la adopción de ciertas medidas de protección como claves de acceso a la información que se encuentra en sistemas informáticos.

Como tercer y último elemento, se encuentra el interés objetivo de naturaleza económica que justifique el mantenimiento del secreto empresarial. En otras palabras, este interés se tiene que reflejar en un perjuicio económico para su titular como consecuencia de la pérdida de la privilegiada posición en el mercado de la que gozaba (Carrasco Andrino.1998).

Ahora bien, estos elementos constituyentes del secreto empresarial no pueden ser aplicados y replicados en la práctica sin una persona que los conozca, es decir, un posible sujeto activo de la eventual conducta de revelación. Para abordar este punto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, en su resolución del 12 de mayo de 2008, menciona aquel deber de mantener la información reservada y oculta de terceros, surge sin necesidad de que exista un pacto o disposición normativa expresa.

Por ello establece que la responsabilidad penal abarca a quienes se les exige expresamente, al resto de empleados de la empresa que conozcan por razón de sus funciones tales secretos, a rabajadores de otras empresas que se relacionen con el titular de los secretos, y a los terceros que los hayan conocido a causa de razones legales. Los anteriores, como ejemplos claros de personas que podrían llegar a conocer del secreto y en tal sentido revelarlo, sin que aquello implique necesariamente que el sujeto activo deba ser calificado, sino únicamente que estas personas serán las más cercanas a una posibilidad de revelación.

Ya en cuanto al elemento subjetivo de la conducta de revelación de secretos, si bien podría existir discusión respecto de la posibilidad de consagración de una figura culposa

en la doctrina, nos debemos limitar a mencionar que, en el caso de la legislación ecuatoriana, la regulación del secreto empresarial y su revelación, dentro del ámbito del Derecho de Competencia, ha sido fijado por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su artículo 27.7, siendo ninguna de las conductas allí fijadas a efecto de generar un procedimiento administrativo sancionador contienen elementos de culpa.

Al tiempo, revisada la conducta relacionada con los secretos que ha fijado como penal el legislador (revelación de secreto profesional), observamos que aquella no contiene modalidades culposas en nuestra legislación penal actual (Código Orgánico Integral Penal), por lo que fijar una modalidad culposa en un posible delito de revelación de secretos sería ir en contra de la mínima intervención penal como principio regulador de la generación de normas penales, dado que, de lo que se observa dentro de nuestro orden jurídico, en ningún caso el legislador ha considerado lo suficientemente relevante para efectos del uso del poder punitivo del Estado (en vía administrativa o penal), a una conducta culposa.

Hasta este punto, el desarrollo doctrinario no presenta mayor inconveniente sobre lo que constituye "objeto material" de un posible delito de revelación de secretos junto con su diferenciación de un secreto en sí, ni tampoco sobre el sujeto activo no calificado de su comisión; sin embargo, existen puntos de contienda respecto de otros elementos constitutivos de este posible tipo penal, a saber, la conducta como tal, al no delimitarse claramente las acciones que deberían constituir el delito; el bien jurídico, en tanto existen diversas posturas sobre el interés legítimo vulnerado por la infracción;, y, el sujeto pasivo, pues la titularidad del bien jurídico muchas de las veces es confundida. Entremos pues a analizar el estado de situación en la doctrina de los últimos elementos.

### 2.2. La teoría del Cono Como Baremo del Delito de Revelación de Secretos

Una vez establecido el inexistente pronunciamiento por parte de la legislación jurídico penal de cómo se tomaría una revelación de secretos empresariales, la teoría del cono desarrollada por García Morente nos ayudará a abordar la utilidad práctica de los secretos empresariales y la posible necesidad de su tipificación como infracción penal, frente a cierto tipo de revelaciones.

Al respecto, Estrada i Cuadras (2017), nos dice que, en la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico-cultural, el legislador trata de prevenir la lesión de los intereses y preservar posiciones legítimas de dominio sobre un secreto empresarial, sin embargo, los rangos de intervención jurídica para lograr tal objetivo podrían variar según el tipo de conducta que vulnera el secreto.

En concordancia con lo anterior, tendríamos entonces que aquella conducta que se quisiese tipificar como infracción tendría que definir con absoluta claridad las acciones que, recayendo sobre el secreto empresarial, plasmado en una ganancia o expectativa de ganancia para la empresa (activo patrimonial), podrían ser materia de la prohibición de revelación en el ámbito penal, cuando dicho secreto haya permanecido en absoluto desconocimiento para un tercero competidor dentro del mercado relevante.

Para coadyuvar a lo anterior, dentro de la doctrina jurídica de estudio de los secretos ha surgido la herramienta denominada "teoría del cono", misma que tenemos que entenderla e interpretarla como en los siguientes párrafos se explicará; para aquello, imaginemos primero un cono de helado. Este cono de helado tiene dos partes, la superficie, en donde la bola de helado se coloca, y la parte más fina que es la última en comerse. Por un lado, la superficie del cono se encuentra conectada con la información de carácter público, a la cual todos podemos tener acceso. Por otro lado, a medida que nos vamos acercando a la última parte del cono, la información se aleja de la publicidad, y su carácter reservado tendrá mayor énfasis en la privacidad de la información.

Originalmente, el autor se refiere al derecho a la intimidad como principal elemento a ponderar dentro de la teoría del cono; sin embargo, aquello no significa que no pueda ser aplicada para conductas relacionadas a información no divulgable en otros ámbitos de las relaciones jurídicas, como, por ejemplo, los secretos empresariales, usándola como una herramienta válida para "cernir" aquellos secretos que merezcan o no protección.

Para entender mejor este punto, ejemplifiquemos su uso con el tema en debate. Situémonos en el vértice o final del cono, en donde estaríamos protegiendo un procedimiento para que una empresa desarrolladora de maquinaria de limpieza logre triplicar la eficiencia de sus máquinas mediante el uso de algoritmos desarrollados por técnicos de la empresa, particular que logrará atraer a más clientes y posicionarse primeros en el mercado. Evidentemente, aquello constituye un secreto empresarial por el

interés legítimo que existe en mantener oculta la información y obtener una ganancia o expectativa de esta con el lanzamiento del producto al mercado.

Ahora, situémonos en la superficie del cono, en donde un grupo de personas dentro de la misma empresa de software utiliza maquinaria de último modelo para la limpieza de sus instalaciones, logrando que se limpie un piso en menos de 5 minutos. Práctico ¿verdad? pero aquella labor de limpieza que es ejecutada por un grupo de personas no tiene ninguna relevancia para dicha empresa, en cuanto a tomar medidas jurídicas de protección sobre la referida acción, tomando en consideración que el objeto social de la compañía es la producción de software. En lugar de ello, la empresa podría diversificar su servicio, pero sin ninguna reserva de información ni necesidad de optar por medidas de protección a un secreto empresarial inexistente.

Como se puede evidenciar, tenemos dos casos derivados de una misma actividad empresarial, pero la diferencia fundamental del primero con el segundo es la relevancia que se presenta por mantener el interés objetivo de la empresa en secreto, pues, ello significará para la persona jurídica un posicionamiento económico mayor y una ventaja competitiva frente a terceros.

En efecto, la teoría explicada guarda su aplicación para resolver conflictos sobre lo que constituye secreto con relación a la vida privada de las personas, sin embargo, dicho esquema teórico puede llegar a servir también para diferenciar los distintos tipos de grados de intervención necesarios, por parte del Derecho, para la protección del secreto empresarial, tomando además en consideración, que aquella información relevante para la empresa y que constituye secreto empresarial, siempre guardará medidas de protección y seguridad mayores para evitar su revelación, lo cual implicará conductas proporcionalmente más lesivas para obtener el secreto.

Además, aplicando lo dicho en el párrafo anterior, esta teoría se muestra como una herramienta adecuada incluso en concordancia al principio de mínima intervención penal, pues, a medida que pondera cuáles son las conductas de revelación que deberían obtener una vía penal como respuesta en caso de su revelación, excluye otras que, frente al Derecho, resultan totalmente irrelevantes o que podrían protegerse a través de otros mecanismos jurídicos. Es así como, a pesar de ser desarrollada la teoría del cono hacia la

protección del derecho a la intimidad, queda claramente demostrado que los mismos efectos tuviese su aplicación en la arista penal-económica.

Lo anterior se complementa cuando, al desarrollar su teoría, el autor menciona que los secretos no son solo íntimos y privados, sino qué hay una gradación entre ellos (García Morente, 1944). Se puede decir entonces que la gradación del secreto según su relevancia para el Derecho tiene una utilidad práctica muy alta, pues permite realizar un correcto balanceo de derechos, cuando dos o más entren en colisión. En principio, los secretos más relevantes deberían protegerse de mejor forma con medidas judiciales o administrativas, pues a medida que suben los intentos del titular para conservar el secreto, más lesivas e invasivas serán las conductas que intenten vulnerarlo.

Esto es simple, tal cual se ha mencionado en párrafos anteriores, al derecho no le interesará el "chisme" de dos amigos de colegio, sino le interesará el secreto de la empresa que consiguió triplicar sus ventas en un año debido a un algoritmo desarrollado por sus ingenieros, porque probablemente para obtener dicho secreto, las conductas ejercidas por los competidores de dicha empresa caerán en el ámbito del fraude, la fuerza o la violencia.

Se podría aseverar entonces que, si se llegase a añadir al catálogo de delitos del Código Orgánico Integral Penal la revelación de secretos empresariales, primero se debería analizar qué tipo de secreto interesa al derecho y, sobre todo, cuándo su revelación desemboca en una conducta penalmente relevante, dependiendo del tipo de protección que se le ha dado al secreto y el tipo de conducta que se ha ejecutado para vulnerarlo.

### 2.3. La Persona Jurídica Como Titular del Secreto Empresarial

La titularidad del secreto empresarial radica en la persona jurídica, devenido del propio nombre del objeto de estudio de este trabajo; sin embargo, debemos recordar que, dada la propia naturaleza de la persona jurídica, siempre serán personas naturales las que estarán en posesión del secreto y, en un inicio, serán las propias personas naturales que conforman la empresa las que lo ostenten.

Siguiendo esta lógica, sin personas naturales, la persona jurídica no existiría y, por ende, en el caso de que se revelase un secreto, como activo intangible de la empresa, sin la existencia de la persona natural no se podría actuar para defender y reclamar la vulneración del derecho de la persona jurídica. En este contexto, muchas veces se puede

llegar a tener confusión respecto del titular del derecho al secreto empresarial, fijándolo bien en la persona jurídica, o bien en las personas naturales que la integran.

Sin duda alguna, la persona jurídica dentro del Derecho Penal Económico ha sido motivo de arduo estudio por la Academia durante las últimas décadas debido a su incidencia frente al cometimiento de un delito perpetrado en su contra, lo cual sigue la lógica de reconocimiento a la persona jurídica como titular de un bien jurídico que pudiese ser vulnerado por un delito. Lo anterior, conforme establece Feijoo Sánchez (2008), obedece a una de las funciones esenciales de los Estados modernos, la cual se basa en la elaboración y mantenimiento de intereses comunes que tienen una dimensión supraindividual.

Para analizar lo anterior, partamos por decir que la calidad de sujeto de derecho de las personas jurídicas en el Ecuador obedece a una teoría ficcionista, es decir, que no basta la voluntad de las partes plasmada en un contrato para su existencia sino, además, el reconocimiento por parte del Estado. Dicho reconocimiento da paso a la formación de la personalidad moral como la posibilidad de ser titular de derechos y adquirir obligaciones extendida a otros sujetos que no son seres humanos o, para fines prácticos, las mismas personas jurídicas.

Por ejemplo, el tratadista Ferrara citado por García Máynez (1963) habla de este tipo de personas como asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho, siendo el elemento constitutivo para su existencia jurídica, su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico en el que son creadas.

Hilando con lo anterior, podemos decir que las personas jurídicas son tan sujetos de derecho como las personas naturales, por ello, estas entidades pueden ser titulares de derechos y ejercer su tutela mediante la representación en caso de ser vulnerados. Tal es el caso de los secretos empresariales, que, de forma separada de las personas que conforman una compañía, esta última vendría a ser la real propietaria y titular del secreto empresarial, por ser ésta la que posee la información y usarla por medio de sus integrantes. En otras palabras, las personas naturales pueden disponer de este secreto al plasmarlo en su manejo, pero la propiedad es de la empresa.

De acuerdo con lo anterior, resulta poco recomendable que no se preste atención a los secretos que forman parte de la persona jurídica dado el tipo de sociedades en las que nos desenvolvemos en la actualidad y en las que la empresa juega un rol trascendental dentro de su economía. Es por esto que la tendencia actual del Derecho Penal es ampliar su objeto de regulación a las medidas de sanción en contra de posibles lesiones a los derechos de las personas jurídicas como agentes de mercado, dentro de las cuales, fácilmente podría caber la revelación de secretos que causen un perjuicio económico a su titular y al mercado en general. Tomemos el ejemplo de España, quienes en el año 2019 entendieron la trascendencia e importancia de protección a los secretos empresariales y crearon una ley especializada en ello.

Ahondando en lo anterior, observemos lo que dice Manuel Jaén Vallejo citado por Paulina Araujo (2014) al decirnos que el entender que la cada vez mayor importancia de las empresas, cuya complejidad es igualmente mayor, hace que muchos delitos económicos tengan que ver con empresas, sus empresarios y actividades. En efecto, si se habla de una economía de libre mercado, donde los productos y servicios de procedencia de una actividad ilícita, como sustancias sujetas a fiscalización, cualquier información, mientras siga los requisitos legales, puede ser considerada como secreto empresarial.

Por tal motivo, en un hipotético caso donde una persona que trabaje para una determinada empresa y que, por su rol dentro de ella, conozca de un secreto empresarial del que la persona jurídica sea su titular, consistente en una fórmula hidratante para deportistas de la que, además, sepa la estrategia con la que se va a introducir al mercado, un día decide revelar dicho secreto a la competencia, podría cometer una conducta ilícita. En este hipotético caso, la pregunta sería quién se acredita en calidad de víctima, mientras que la respuesta, por lo expuesto, sería la persona jurídica.

El daño, en el supuesto estudiado, repercute directamente en su contra y disminuye la capacidad competitiva que tiene frente a otras compañías, de lo que deviene un daño a su propio patrimonio. El interés legítimo que se tenía con mantener oculto al secreto respecto de los competidores se ha lesionado y la lesión, como se demuestra, no será directamente en contra de las personas naturales que la conforman (quienes podrían ser afectados indirectamente), sino en contra de la persona jurídica.

## 3. Sección 2: Bien Jurídico del Delito de Revelación de Secretos Empresariales

Si bien el resto de elementos constitutivos del tipo penal han sido analizados previamente en la anterior sección de este trabajo, considero apropiado iniciar esta segunda sección con el análisis específico del elemento "bien jurídico" debido a que todo el basamento de la intervención penal estatal se basa en el mismo; así, la lesividad, la mínima intervención, la proporcionalidad, entre otros principio de generación de normas penales, se fundan precisamente en la individualización de un bien jurídico para legitimar su existencia.

Por lo expuesto anteriormente, si la presente sección busca separar las conductas que deberían ser penales de las que no, en lo que respecta a la revelación de secretos empresariales, la primera pregunta que se debe plantear antes de proceder con el desarrollo del presente capítulo es, como establece Estrada i Cuadras (2017), si el tipo penal de violación de secretos empresariales tienen finalidad de sancionar la vulneración de intereses individuales o colectivos. Aquellos intereses individuales los podemos ver en el ámbito patrimonial de quien se ve perjudicado por la revelación de secreto empresarial, en tanto afecta su capacidad para explotar sus invenciones y disponer libremente de ellas.

Por otro lado, en cuanto a los intereses colectivos, podemos incluir en éstos a la maximización de la inversión por parte de las empresas, como se mencionó en un principio, en cuanto a la investigación y desarrollo con la finalidad de expandirse y aumentar el nivel de desarrollo en una sociedad, que se ve coartada frente a la falta respuesta jurídica del ordenamiento ante la revelación de secretos empresariales.

Adentrándonos en el análisis del delito de revelación de secretos empresariales, las dos posiciones más determinantes con respecto al bien jurídico que se tutela vienen a ser, o bien el orden económico social, o, en contraposición, el patrimonio individual de la persona titular del secreto empresarial. Precisamente, definir cuál es el objeto del delito de revelación de secretos empresariales será la piedra angular del presente capítulo de este trabajo. Sin más preámbulo, a continuación, se describen estas posturas.

Analicemos primero la postura del orden económico; para ello, debemos manifestar que los bienes jurídicos de interés para el Derecho Penal Económico son generalmente supraindividuales o protegen instituciones de la vida económica dentro de un Estado. Dicha caracterización responde, como manifiesta Muñoz Conde citado por Caro Coria (2019), más a la comunidad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social. Entre estos bienes colectivos se encuentran, por ejemplo, el medio ambiente, la administración pública y el orden socioeconómico, que, si bien sobrepasan el ámbito individual de la autorrealización personal, son necesarias para el correcto desarrollo del individuo en sociedad.

En específico, la doctrina mayoritaria establece que los delitos categorizados como socioeconómicos, como lo es la revelación de secretos empresariales, se diferencian de otras formas de delinquir más tradicionales, por el hecho de hacer referencia a un bien jurídico supraindividual. El profesor Tiedemann (2012), menciona que, junto a los intereses patrimoniales del correspondiente acreedor, viene a situarse aquí la protección de principios de la vida económica, que sobrepasan al derecho o libertad individuales que se ven lesionados por una conducta típica.

A ello, Mir Puig citado por Reyna Alfaro (2019), cuando se refiere al alcance de la realidad actual de los bienes jurídicos en los delitos económicos, nos dice que:

> "Se tiene que precisar que los bienes jurídicos pueden referirse a realidades materiales, inmateriales, tangibles e intangibles. A su vez, estas realidades pueden tener alcance individual o colectivo. Estamos frente a lo que en la dogmática penal se denomina "bienes jurídicos individuales" y "bienes jurídicos colectivos", respectivamente."

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico, para desarrollar el concepto de bien jurídico, se ha basado en que el derecho, libertad o interés que conforma la antijuridicidad material de un tipo penal, mantenga algún tipo de reconocimiento constitucional. En lo que respecta al orden económico social en el Ecuador, su reconocimiento se encuentra recogido dentro de la Constitución en el Art. 304; dentro del mencionado artículo, el garantizar e incentivar una política de comercio es el interés principal del legislador constituyente, en aras de, al mismo tiempo, garantizar la realización del buen vivir. Dicha política comercial se refleja en el orden económico social al manejar la dirección y

estabilidad del fenómeno comercial y económico. Manifestando las palabras de Molina Arrubla (1998):

> "Hay una cierta y relativa estabilidad dentro de los patrones económicos de toda comunidad, los que deben protegerse de parte del poder estatal dado que a su amparo es como se desarrolla una normal vida en la sociedad, al tiempo que se puede propender por un desarrollo integral y equilibrado de todo el ente social. De allí deviene, entonces, la noción de orden económico social."

En la misma línea de lo anterior, la política de comercio no es el único elemento al que se le atribuye el desarrollo del bien jurídico "orden económico social". Para comprender lo dicho, se debe entender que la expulsión de conductas que tiendan a la defraudación o el mismo uso de la fuerza o la violencia, en perjuicio del desarrollo de una sociedad, es un tema que no le resulta ajeno al sistema económico, pues lo que se busca del mismo es también que responda a un desarrollo justo y responsable, donde cualquier actividad de intercambio económico, ya sea de bienes o activos entre operadores económicos, se desarrolle en torno al buen gobierno corporativo.

Al mismo tiempo, el "descubrimiento" ilícito del activo patrimonial de la empresa llevado a cabo por un tercero, sin lugar a duda conlleva como resultado a un intercambio injusto de información dentro del mercado. Ello implicaría entonces un ataque al pilar básico de la economía de mercado que trasciende la lesión patrimonial, pues implica el nacimiento de conductas antijurídicas dentro del manejo corporativo de las empresas y sus relaciones con el resto de los agentes económicos, que terminan por lesionar al bien jurídico "orden económico".

Queda sentado que la conducta de revelación de un secreto empresarial perjudicaría, para esta teoría, no solo a la compañía, sino pensando a gran escala, incluso afectaría al mercado y al intercambio justo de bienes o activos. Igualmente, con ello, los efectos se verán plasmados en la capacidad competitiva de la empresa frente a sus competidores, en la medida que tal secreto empresarial pone en juego el orden económico del que es parte.

Con la finalidad de determinar su relevancia dentro del ámbito penal, es correcto precisar las dos formas de manifestación doctrinaria del orden económico social, con el objetivo de especificar el interés que persigue dicho orden, como bien jurídico. Es así como encontramos, por una parte, el sentido estricto y, por otra, el sentido amplio del

concepto de orden económico social, siendo que, para efectos del contexto de presente trabajo, resultará útil tomar elementos de cada una de las posturas.

Ahondando en lo dicho, Tiedemann (2012) establece que el orden económico en sentido estricto resulta ser la regulación jurídica que, dentro de un Estado, rige a la actividad económica de la sociedad. Este modelo entonces proporciona la base de organización de la economía como tal, junto con los roles de protección y desarrollo, puntos fundamentales para determinar si al Derecho Penal le "interesa" o no el incorporar al catálogo de delitos, la revelación de secretos empresariales.

Por otra parte, el prenombrado autor menciona, al referirse al sentido amplio del orden económico social, que este engloba los objetivos económicos a conseguirse, devenidos de los intereses sociales y el desarrollo proyectado de la sociedad (Tiedemann, 2012). En otras palabras, estaríamos dentro del campo de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, es decir, aspectos que armonicen la ganancia económica individual y la participación justa y beneficiosa para la sociedad.

Tomando los dos sentidos (amplio y estricto) del bien jurídico analizado, podemos inferir que la protección del secreto empresarial constituye un objetivo legítimo a obtenerse dentro del orden económico social, en tanto aquello evitaría el nacimiento de ventajas competitivas indebidas entre los distintos operadores económicos (amplio); por lo mismo, al ser un tema relativamente nuevo en nuestra legislación el Derecho tiene una necesidad de regular el correcto uso del secreto empresarial, a través de la evolución normativa, siendo que en los casos más graves de apropiación indebida del secreto, corresponde incorporar tales conductas como nuevas formas de delincuencia a la legislación penal (estricta).

La segunda postura mayoritaria estudiada por la doctrina al respecto del bien jurídico, es el patrimonio individual de una persona. Principalmente, el sustento que se maneja cuando se defiende esta postura se basa en que no se necesita "masificar" y dar relevancia jurídica a bienes jurídicos cuya naturaleza es totalmente difusa, como lo es el orden económico social. Robles Planas citado por Estrada i Cuadras (2017), explica lo mencionado de forma clara, refiriéndose a que el bien jurídico colectivo no permite distinguir entre conductas de lesión o conductas de peligro con tanta facilidad como lo hace el bien jurídico patrimonio. Asimismo, el autor continúa manifestando que si un tipo

penal puede fundamentarse directamente en bienes jurídicos individuales, no hay razón para hipostasiar bienes jurídicos colectivos.

Si bien, en principio, el patrimonio individual de una persona no se consideraría como tal un bien jurídico para efectos de la conducta de revelación analizada, dada la naturaleza y epistemología misma de la palabra "empresarial", que hace referencia, de por sí, a un colectivo, este bien tiene un carácter indirecto respecto del perjuicio que se puede ocasionar si se revela dicho secreto.

Y es que, por lógica, todo suceso guarda interrelación cuando nos referimos a una compañía. Tomemos el siguiente ejemplo. Una empresa de software tiene en su nómina de trabajadores a 200 personas en total. Mencionada empresa es víctima de una revelación de secreto empresarial por parte de un trabajador que tuvo acceso indebido a un lanzamiento de un producto y lo vendió a la empresa competidora por un precio de 5 millones de dólares. La pérdida es inminente y la empresa víctima se ve muy afectada patrimonialmente, por lo que se ve obligada a recortar personal y a cerrar un par de sucursales en las que vendía y capacitaba a las personas para que puedan sacar provecho de su producto.

Como se ve, el daño al patrimonio colectivo como empresa se encuentra plasmado por ser la persona jurídica titular del secreto empresarial, pero, por otra parte, no se excluye al patrimonio individual como bien jurídico también perjudicado, en razón de que todas las personas que conforman la compañía pueden llegar a ver una lesión en sus derechos personales. A ello, se podría atribuir una desvaloración indirecta y adicional de la conducta y, como consecuencia, la imposición de una sanción al sujeto activo.

Tal y como cuando se habló anteriormente del interés patrimonial que existe para el orden económico social, también existe un interés patrimonial individual para las personas que forman parte de la compañía, cuando se habla de secretos empresariales. Buján Pérez citado por Estrada i Cuadras (2017) establece que los intereses directos del individuo pueden considerarse directa o indirectamente reconocidos en el derecho a la propiedad privada y en el derecho a la libertad de empresa. Aquella afirmación responde a una lógica de que cada ser humano por sí solo quiere maximizar su calidad de vida dentro de una sociedad.

Sin duda alguna, para la toma de postura de qué bien jurídico tutelar, la teoría teleológica del bien jurídico puede ser de mucha utilidad y fungir como una herramienta en esta cuestión. Según esta teoría, dentro del Derecho Penal es valor relevante aquel que guarda importancia social, mismo que, por ser afectado o perjudicado, puede influir en el correcto funcionamiento de la sociedad (Roxin. 1996).

Adicionalmente, la epistemología de la palabra teleología sugiere que esta teoría se orienta a la consecución de un fin, en este caso, a la protección de los secretos empresariales para una correcta aplicación de una política comercial justa en un Estado de Derecho. Por último, dicha "mezcla" de bienes jurídicos se sintetiza en los intereses comunes dentro de una sociedad, mas no solo un enfoque individual.

Es justamente la sociedad, al ser el Derecho mismo un factor que nace de ella, la que determina -indirectamente- necesidades de tipificar la conducta en un ámbito penal. Evidentemente, no todo podrá ser catalogado como una conducta penalmente relevante, pues, de serlo, viviríamos en una constante purga de acciones que por "creer" ser malas o en contra del convivir social, merecerían una reacción por parte del *ius puniendi*. Para evitar aquello, los criterios de subsidiariedad y fragmentariedad aparecen e impiden una expansión desmesurada del Derecho Penal.

De ello, podemos teorizar que el orden económico social y el patrimonio no son excluyentes el uno al otro, sino que el segundo de los referidos permite precisamente discernir si una conducta podría a llegar a vulnerar al primero, confirmándose esta postura por Mir Puig (1991) cuando establece que a medida en que se legitima la regulación penal sobre bienes jurídicos colectivos, a partir de su trascendencia en la satisfacción de las necesidades individuales, se termina admitiendo la idea de que el sistema social se encuentra al servicio del individuo. De este planteamiento se desprende que la ofensividad de la conducta dirigida sobre un bien jurídico colectivo dependerá de la verificación de su impacto sobre el individuo. La postura referida arriba es la que precisamente adopta el autor de este trabajo, por lo que, en las líneas subsiguientes, me permitiré fundamentar la misma.

Para empezar, vale decir que tanto el orden económico social como el patrimonio son bienes jurídicos recogidos en nuestra Constitución. Su diferencia principal radica en que, básicamente, el orden económico social resulta tutelar algunos elementos de

naturaleza inmaterial o intangible, como lo son, por ejemplo, la competencia leal, el desarrollo de políticas comerciales y económicas justas y que eviten abusos o arbitrariedades por parte de operadores económicos competidores. En otras palabas, su objetivo tutelar radica en la estabilidad y desarrollo económico transparente dentro de un Estado.

En cuanto al patrimonio, se sabe y conoce bien que la afectación al mismo radica en un perjuicio económico causado por una conducta determinada de un tercero, en este caso, un perjuicio a la empresa por el hecho de haber aprovechado ilícitamente de un secreto empresarial que no es de su propiedad. Queda claro que, cuando se habla de secretos empresariales, tenemos que ver más allá de la relevancia económica que representa para la empresa, pues, a pesar de que por medio de esta conducta se afecte el patrimonio individual de los miembros de la empresa y el de la empresa en sí, la lesividad de la conducta no se agota en dicho daño, sino que se extiende a un espectro que supera a la propia empresa y sus miembros.

Lo anterior se vincula al hecho de que, simplemente por la mera obtención de un secreto empresarial por medios ilícitos, en uso de la violencia de cualquier tipo o dejando de lado el buen gobierno corporativo y deber de lealtad, si bien el patrimonio de la compañía podría no resultar vulnerado sino puesto en peligro, la conducta anticompetitiva, ya vendría a lesionar al orden económico en su sentido abstracto, pues atentaría en contra de los objetivos que el mismo tiene para el correcto desarrollo económico.

Lo anterior, demuestra que el posible daño patrimonial permite alertar al orden económico de que existe una conducta en su interior respecto de la que debe tomar acciones jurídicas, en aras de su erradicación; siendo que, en los casos más graves, la respuesta podría ser penal, indistintamente de que el daño patrimonial se presente en realidad, si la conducta causa un gran disvalor de acción respecto de uno de los componentes constitucionalmente reconocidos al orden económico, como lo es la propia lealtad.

De allí, que el daño patrimonial efectivamente constatado podría inclusive aumentar la lesividad de la conducta de revelación del secreto, a manera de agravante, pero no convertirse en el centro de análisis de la ilicitud de la conducta, pues aquello dejaría de

lado el daño real que, pese a la no comprobación del daño patrimonial, se podría provocar en el orden económico como tal, devenido del irrespeto a sus componentes constitucionalmente reconocidos.

En definitiva, podemos decir que la economía, como eje central del orden económico social, sufre una afección grave por normalizar y dejar en la impunidad los abusos de poder dentro de un mercado, como lo son la revelación de secretos, sin que ello excluya que dicha obtención ilegítima del secreto empresarial pueda causar un perjuicio patrimonial a la empresa de la que el secreto es titular.

Una vez fincados los elementos objetivos y subjetivos de un posible tipo penal de revelación de secretos empresariales, según los puntos de vista de los doctrinarios de relevancia que los han tratado, corresponde entonces adentrarnos a analizar la real posibilidad de generar tal tipificación, al tenor de nuestra legislación nacional. Para ejecutar lo anterior, lo crucial de esta parte del trabajo será el realizar un "test" para determinar si la conducta de revelación de secretos empresariales tiene o no que ser incorporada como delito en el Código Orgánico Integral Penal.

Este "test" se llevará a cabo utilizando el principio de mínima intervención penal fijado dentro del artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal; en forma específica, el análisis también se desarrollará bajo los subprincipios de subsidiariedad y fragmentariedad, los cuales se desprenden del primero de los mencionados.

### 3.1. Principio de Mínima Intervención

El análisis se inicia en la mínima intervención penal y no en el principio de lesividad, consagrado en el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, pues se considera que durante el análisis previo de este trabajo, especialmente en lo relacionado con los bienes jurídicos que se lesionan con la conducta de revelación de secretos empresariales, se ha cumplido con el presupuesto básico del principio de lesividad; esto es, que la infracción cause daño a un bien jurídico de relevancia constitucional.

Dicho lo anterior, se especifica que la mínima intervención penal es un principio fundamental dentro de la política criminal, el cual, como menciona Binder (2012), sirve como filtro para permitir el ingreso de una conducta al ámbito de regulación penal, en

calidad de delito, siempre y cuando en ella se verifique existencia de abuso de poder y violencia. Es simple, no se debe introducir castigo donde no existe mayor gravedad en la lesión a un interés legítimo, pues, de introducirlo, el Estado se convertiría en uno que fomente la violencia.

Compete mencionar que este principio es el rector al momento definir si el Derecho Penal se tiene que utilizar para sancionar cierta conducta humana a través del poder punitivo del Estado, cuando, a su vez, dicha conducta cause una afección de igual magnitud a un interés socialmente relevante.

Efectivamente, para superar el "test" de la mínima intervención y determinar si una conducta merece ser tipificada, es imprescindible tomar en cuenta su lesividad, entendida como la lesión o al menos puesta en peligro que una conducta causa a un bien jurídico constitucionalmente reconocido, cuestión que se considera abordada y superada en la primera parte de esta sección; siendo que, en este momento, lo que corresponde es tomar en consideración si las medidas establecidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, resultan insuficientes para la protección del referido bien jurídico, tornando, por ello, habilitada la vía penal. Para ello, la doctrina ha dividido el principio de mínima intervención en dos a los que se denominan subsidiariedad y fragmentariedad.

### 3.2. Subsidiariedad

Para empezar el análisis de la subsidiariedad, es pertinente citar las palabras de Muñoz Conde (2007), cuando nos dice que al Derecho Penal le corresponde intervenir únicamente cuando han fracasado las barreras protectoras de bienes jurídicos. Precisamente, conectando con la idea anterior, la subsidiariedad se complementa con la gravedad de la lesión del bien jurídico, buscando siempre que el accionar el poder punitivo del Estado, sea la última herramienta después de haber agotado métodos administrativos, de justicia alternativa, civiles, entre otras de naturaleza menos dañosa al uso del poder punitivo del Estado en vía penal.

Doctrinariamente, al principio de subsidiariedad se le conoce también como principio de respaldo; ello debido a que la mínima intervención penal implica el agotamiento de otras vías de resolución de conflictos autocompositivas y hetero compositivas, siendo que solo cuando aquellas no responden o no logran dar respuesta a

una conflictividad social, es cuando se legitima la vía penal, como mecanismo de soporte a estas vías extrapenales que no pudieron dar solución al conflicto. En palabras textuales, Binder (2012) menciona:

> "Se trata de la función de respaldo que siempre debe realizar la política criminal o a otra política a otro conjunto de medidas que no son político-criminales. es de esta función de respaldo de donde surge que siempre existen otros mecanismos con los cuales confortar la necesidad de los mecanismos violentos."

Ahondado en el marco de lo que transmite la subsidiariedad, dentro del caso que nos compete, se deben mencionar los mecanismos extrapenales que se pueden utilizar para proteger al secreto empresarial y configurar si es que ellos, son o no suficientes a efectos de legitimar la intervención penal. Para facilitar el análisis de este punto, se tomarán los mecanismos mencionados previamente en este trabajo y que recoge la legislación ecuatoriana para, a través de su análisis, aplicar el principio de subsidiariedad. Expliquemos estas medidas por fases.

Fase 1: Primero, existe una posibilidad de proteger los secretos empresariales a través del establecimiento de una obligación contractual de reserva, al momento que un trabajador entra a una empresa o cuando el secreto entra en conocimiento de otro operador económico en razón de algún tipo de actividad de intercambio o cooperación. Esta obligación se puede ver plasmada en acuerdos de confidencialidad definida en tal sentido que dos o más voluntades se obligan a guardar los secretos empresariales que les sean encomendados, en razón de su oficio, exclusividad o incluso de no competencia.

No dejemos de lado que, dentro del mismo contrato, se verán taxativas las obligaciones de la persona contratada o con quien se ejerce el emprendimiento o actividad comercial y, entre ellas, se verá inmersa igualmente mantener bajo confidencialidad toda información tratada y manejada para la consumación de las labores dentro de la empresa (trabajadores) o de las actividades necesarias para el desarrollo de las distintas actividades comerciales (otros operadores económicos). Si se llega a incumplir cualquiera de estas cláusulas, nos corresponde entonces activar los mecanismos que el ordenamiento jurídico nos franquea para dotarle de efectos al incumplimiento contractual.

Fase 2: Como cualquier superior de una empresa, revisará el contrato y observará que no se cumplieron las cláusulas. Este superior, ya empezando a preocuparse, llama a

una amigable composición al trabajador o al agente económico porque han puesto en su conocimiento que el obligado ha revelado un secreto empresarial de extrema delicadeza a la competencia directa, ofertando dicho activo por una suma importante de dinero; o a su vez, para beneficiarse personalmente o a su compañía del objeto del secreto.

Las partes aceptan asistir a una mediación, y tras intentos fallidos de pactar amigablemente un acuerdo para la devolución del dinero, se agota este método. Complementario a ello, se tienen que observar las obligaciones legales de deber de lealtad de cualquier persona dentro de una empresa, las cuales, como se mencionó en el primer capítulo del presente trabajo, hacen énfasis en la no divulgación ni aprovechamiento personal de información que haya sido puesta en conocimiento de la persona.

Fase 3: Debido al intento fallido de arreglar extrajudicialmente el conflicto entre las partes, se decide por parte del afectado de la revelación de secreto empresarial el iniciar las acciones administrativas, que pueden ser ante el inspector del trabajo para un procedimiento de visto bueno en caso de los trabajadores; o, ante la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, en el caso de otros operadores económicos que guarden relaciones comerciales con el titular del secreto para activar al Derecho Administrativo Sancionador. A la par, la cláusula contractual, para con los operadores económicos, puede llegar a generar una demanda por daños y perjuicios por la vía civil.

Con el paso del tiempo, los procesos, tanto administrativos como civiles se desarrollarán, pero deberemos preguntarnos si alguno de ellos sirve para proteger el orden económico como bien jurídico; al respecto, ni el procedimiento civil ni el laboral se refieren a estas circunstancias, pues regulan relaciones de las que devienen derechos y obligaciones individuales, ya sea entre empleador y trabajador, o entre la empresa y otros operadores económicos. Ya en cuanto al procedimiento en sede administrativa sancionadora, observamos que, de hecho, busca proteger la competencia justa entre operadores dentro del mercado, lo cual evidentemente está relacionado con el orden económico como bien jurídico y lograría una sanción económica para quien ha revelado el secreto.

Hasta este momento, observamos que existen herramientas jurídicas que, entre particulares o con intervención del Estado, ofrecen soluciones para la conflictividad devenida de la revelación de secretos; sin embargo, qué es lo que pasaría si la conducta

que condujo a la obtención o revelación del secreto fue de aquellas en las que se utiliza la violencia, la fuerza o el engaño, como, por ejemplo, si se extorsionase a una persona con la finalidad de obtener el secreto.

Fase 4: En la práctica, al aplicar la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta dispone que las sanciones administrativas impuestas a quien, entre otros, revele un secreto, no obstan de la imposición de sanciones de índole penal en caso de que estas constituyan delitos. En el caso desarrollado, se observa que la conducta resulta violenta por la forma de obtención del secreto empresarial, de eso no cabe duda; sin embargo, si nos dirigimos al Código Orgánico Integral Penal, observamos que no existe un delito específico de "revelación de secreto empresarial" como ya se lo ha estudiado en este trabajo.

Esto conllevaría a que la denuncia de actuaciones de revelación de secretos que tengan elementos de violencia, fuerza, abuso de poder o defraudación, se tengan que adecuar a las conductas típicas del Derecho Penal Clásico, que guarda usualmente regulación únicamente sobre bienes jurídicos individuales y exige una lesión directa a ellos para acreditar la existencia de una infracción.

Aquello, como hemos visto en el presente trabajo, guarda sus propios problemas, como, por ejemplo, la posibilidad de que la interpretación literal y restrictiva de los tipos que prevé el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal, genere problemas al momento de intentar adecuar la conducta específica a delitos como el abuso de confianza, la extorsión, la estafa, la vulneración de sistemas electrónicos, el robo o el hurto, por los elementos objetivos especiales de la conducta de revelación.

Así, por ejemplo, resultaría complicado tanto para un abogado en libre ejercicio, para un fiscal o para un juez, "acoplar" esta conducta a cualquiera de los tipos penales antes mencionados, tomando en cuenta la prohibición de analogía que existe como disposición expresa en nuestro ordenamiento jurídico penal. Imagínese, por ejemplo el lector, tener una conversación con un fiscal intentando explicarle que el secreto empresarial es en realidad un "activo intangible de la compañía", que puede considerarse parte de su patrimonio; o, a su vez, obsérvese la situación del juzgador intentando interpretar si el secreto empresarial, para efectos de un delito como la estafa, constituye

o no objeto material del mismo, en aplicación de la interpretación restrictiva del artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal.

Entonces, el panorama se torna crítico no solo para la empresa víctima de revelación de secretos empresariales, sino para el orden económico en general, pues el desconocimiento y falta de especialización en delitos económicos de los operadores de justicia, sumado a las limitaciones que impone el Derecho Penal Clásico basado en conductas centradas en bienes jurídicos individuales, pueden llevar a que conductas efectivamente delictivas queden en la impunidad, lo que no solo se reflejará en posibles pérdidas económicas por la puesta en uso del secreto empresarial en otra empresa competidora, sino que, provoca indefectiblemente una reducción en la confianza de la coercitividad de las normas reguladoras en los agentes económicos, que pueden ver aquello como una carta blanca para cometer nuevamente estas conductas, o para protegerse de las mismas mediante mecanismos extralegales, que es precisamente lo que busca el Derecho Penal evitar a través de la prevención general positiva como fin de pena, dispuesto en el artículo 52 del Código Penal.

Es entonces cuando la necesidad de una especialización en cuanto a la materia en cuestión aparece; de hecho, el Derecho Penal Económico que se ha venido propugnando en la actualidad, busca precisamente evidenciar que la regulación penal que hemos venido sustentando a este momento resulta muchas de las veces superada e inclusive obsoleta frente al desarrollo de conductas en el ámbito empresarial y comercial que son cada vez más especializadas; así por ejemplo, Coria (2019) manifiesta que estos avances en las relaciones han planteado para el Derecho Penal un conjunto de problemas difícilmente resolubles acudiendo a los tradicionales instrumentos y categorías jurídicas.

Recordando a mi padre y gran maestro José Molina Gallegos, recuerdo que en clase nos decía muy acertadamente que siempre el propio ordenamiento jurídico nos exige que tengamos que engranar la conducta al tipo penal cual “anillo al dedo”, a través de un supuesto de hecho normativo que no deje dudas de su aplicación al caso concreto; en la especie, no se cumpliría ni de cerca con este requisito planteado, pues se está intentando aplicar un juicio de tipicidad a los tipos penales clásicos respecto a una conducta que nunca se plantearon sus autores dentro del supuesto de aplicación de la misma, siendo que aquella además ni obedece a la protección del bien jurídico correcto -orden

económico social- el cual, por falta de un tipo penal específico, se pretende englobar en uno que no considera dentro de su estructura.

En efecto, si decimos que el Derecho Penal es dependiente de otras ramas jurídicas para poder entender las relaciones jurídicas intersubjetivas a las que busca imponer sanciones por considerarlas antijurídicas, observaremos en este caso la existencia de un anacronismo entre la regulación penal existente y el desarrollo del Derecho de Competencia, pues el último de los mencionados le explica al Derecho Penal figuras como el secreto empresarial que, en su legislación actual, dicha rama jurídica nunca consideró, siendo aquel el principal problema del que deviene la preocupación de que el tipo de interpretación penal y el conocimiento limitado de aquellos a quienes les corresponde buscar la aplicación de las normas sancionatorias, cause impunidad a conductas que en realidad afectan gravemente el orden económico como bien constitucionalmente considerado.

En definitiva, como se desprende del ejemplo dividido en fases, las diferentes ramas de Derecho en Ecuador recogen el secreto empresarial y su protección, pero, tanto lo que se protege, como el "interés" que salvaguarda cada una de ellas, es lo que, para la aplicación del subprincipio de subsidiariedad, hace la diferencia. Afirmamos entonces que existen mecanismos de protección y convalidación del secreto empresarial dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pero, lo que no se puede afirmar es que el orden económico social como bien jurídico, se vea regulado en caso de una revelación del secreto empresarial que contenga características de violencia, defraudación o fuerza, es decir, en aquellos casos en que la revelación obedezca a conductas altamente lesivas.

Expliquemos lo anterior: vemos que el Derecho Civil se encarga de precautelar y proteger el patrimonio individual basándose en una indemnización por daños y perjuicios, la cual, al ser pagada por el operador económico, culmina. Con referencia al Derecho Laboral, esta rama se encarga de la libertad al acceso al trabajo, la relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, sus responsabilidades y sus obligaciones, en donde se puede incluir una cláusula de confidencialidad, mas no se encarga de la regulación y protección al mercado en caso de que el secreto confiado al trabajador sea revelado.

Ahora bien, en el ámbito Administrativo Sancionador dentro del espectro del Derecho de Competencia, ya existe un accionar del poder punitivo del Estado por medio

de la Superintendencia de Control y Poder de Mercado en caso de revelación de secretos empresariales, que busca proteger el orden económico. Sin embargo, observamos que es el propio Derecho de Competencia, en su desarrollo legislativo ecuatoriano, el que menciona que habrá conductas graves que pueden generar infracciones penales, cuya sanción no se agotará en el Derecho Administrativo Sancionador, en los casos de lesiones más graves al secreto empresarial.

Por ejemplo, observamos que la sanción económica que puede imponer la Superintendencia de Control y Poder del Mercado, puede no cumplir la finalidad regulatoria del bien jurídico orden económico, en aquellos casos en que la persona sancionada tenga poder adquisitivo, pues simplemente con el pago de la sanción se agotaría esta vía. Es decir, si es que se multase a una persona jurídica por cometer tal conducta, esta sanción se basaría en una sanción de carácter pecuniario para el infractor que, si resulta ser un agente económico los suficientemente grande (como usualmente ocurre en este ámbito), no tendrá problema en pagar las multas y seguir cometiendo las infracciones.

Se infiere de lo mencionado que el "fin" de del Derecho Civil y del Derecho Laboral no es precautelar el orden económico, mientras que, en el caso del Derecho de Competencia, si bien lo hace, reconoce dentro de la legislación regulatoria su propia insuficiencia frente a las conductas de lesión más graves, lo que no ofrece una correcta respuesta jurídica para precautelar el orden económico social como elemento trascendental para el desarrollo y maximización de una economía dinámica y justa.

Siguiendo el hilo del párrafo anterior, es de relevancia absoluta tomar la disposición dada por el Derecho Administrativo Sancionador. Ella nos dará luces que, por ser la rama en la que más se encuentra descrito el secreto empresarial en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, reconoce el reenvío a una posible responsabilidad penal. Como se mencionó en el ejemplo de fases, la norma es clara en el Art. 25 de la LORCPM cuando expresa lo siguiente:

> "Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos."

Existe entonces una disposición dada por el legislador, pero a su vez, también existe una flagrante falta de tipicidad de la conducta en el Código Orgánico Integral Penal, dejando la antes citada disposición en precario desarrollo. Tomando en cuenta que la postura tomada en el presente trabajo radica en la vulneración al orden económico social de cometerse la conducta de revelación de secretos empresariales, existe la necesidad de sancionar con mayor gravedad a la persona que se apropie de un secreto empresarial y no dejarlo en una mera multa pecuniaria sino como complemento de la pena.

Volvemos entonces a lo que a lo largo del presente trabajo se ha sostenido, pues, agotados todos los recursos legales que se pueden aplicar en el Ecuador para la protección del interés económico que resulta del secreto empresarial, la compañía titular de dicho secreto y el mercado en general quedan indefensos frente a una afectación de importante gravedad provocado en su seno.

Obviamente, esta conducta puede tener un desenlace fatal, ya sea en la pérdida de credibilidad en el mercado, su capacidad competitiva, junto con una notable disminución en sus ingresos. Mencionado lo anterior, es momento que, debido a que las vías extrapenales fracasaron, el Derecho Penal sancione la revelación de secretos empresariales por el daño y lesión que puede llegar a causar al orden económico social del Estado.

### 3.3. Fragmentariedad

En cuanto a la fragmentariedad como subprincipio, segundo elemento de la mínima intervención penal, como menciona Luzón Peña (2019), el Derecho Penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas a los mismos, sino solo de los más importantes. Se deriva entonces al entendimiento que las conductas son penalmente relevantes en cuanto generen alta lesividad al bien jurídico, siendo que no todo bien jurídico tiene que protegerse por medio del Derecho Penal, sino los más esenciales para la autorrealización personal o el desenvolvimiento de la vida social; por ejemplo, la vida, salud e incluso, como se justificará en este punto, el orden económico social.

Notablemente, a medida que se ha venido desarrollando el presente trabajo, se ha evidenciado que el desarrollo justo, correcto y transparente de la sociedad en el ámbito

de la economía manejada dentro de ella, es uno de sus pilares principales para su correcto desarrollo. Es así como, si se sigue línea de lo anterior, este desarrollo económico social resulta tan importantes que hoy en día se ve reflejado y garantizado en la Constitución.

No solo eso, sino que la relevancia social del orden socio económico ha sido de tal magnitud que ha provocado la generación de una rama del Derecho específica que intenta brindar acceso e intercambio justo dentro del mercado a todos los operadores económicos, como lo es el Derecho de Competencia, siendo que inclusive, para justificar la primera parte de la fragmentariedad, esto es, la relevancia del bien jurídico, basta con dirigirnos a la Sección 8va., del Capítulo V, del Título Cuarto, del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal, denominado precisamente, "Delitos Económicos", para poder observar que el legislado penal ha generado un plexo de conductas que considera atentatorias a este bien jurídico, siendo aquello lo primordial para considerar superado este filtro.

Ahora bien, pasemos a la segunda parte del filtro de la fragmentariedad, esto es, que solo las conductas más lesivas al bien jurídico escogido, merecen intervención penal. Para la determinación de un baremo de tratamiento de las conductas de revelación de secretos por parte del Derecho Penal, y una vez fijado que dicho tratamiento resulta posible, la teoría del cono estudiada anteriormente puede servir para establecer requisitos mínimos que separen conductas penalmente relevantes de aquellas que no lo son, como se explicará en los tres parámetros planteados en las líneas siguientes.

Primero, como la teoría nos indica, para fincar en correcta forma el objeto material de una conducta de revelación de secretos empresariales, por la propia definición planteada en la primera parte de este trabajo respecto a lo que constituye un secreto, se tendría que analizar si es que la información tiene carácter oculto para el público en general, es decir, que el acceso a su conocimiento no sea público o no se refiera a aquello que es conocido por la mayoría de la gente.

Después de aquello, superado el umbral de definir la reserva de la información, el secreto tiene que guardar un interés legítimo que permita su regulación y protección a través del Derecho; en el caso del secreto empresarial, como se ha dicho, tal interés es económico para la persona jurídica, equivalente a su ganancia o expectativa de la misma con la aplicación práctica del secreto al desarrollo de su objeto social. Sin este interés legítimo, se dejaría de configurar a su vez una protección al mismo, pues, como se ha

repetido en múltiples ocasiones, al Derecho no le interesa todo tipo de secreto, sino los que, en caso de ser infringidos, causen un daño o lesión al bien jurídico tutelado. Entre ellos, se encuentra el secreto profesional y, evidentemente, el secreto empresarial.

Verificado este interés legítimo (económico), para precautelar el secreto empresarial, se tiene que constatar que se hayan aplicado medidas de protección para mantener al secreto oculto, como, por ejemplo, haber mantenido un programa de cualquier naturaleza con contraseñas y verificaciones múltiples, o en un cualquier medio electrónico que proporcione seguridad y cuyo acceso sea restringido a pocas personas.

Este requisito es necesario, puesto que la fragmentariedad exige que la conducta ilícita sea una de aquellas que constituyan mayor lesión para el bien jurídico protegido, siendo que, por ello, quedarían excluidos del ámbito penal aquellos secretos revelados voluntariamente por parte de su titular o los que son obtenidos fácilmente por la falta de seguridades apropiadas que se hubiesen implementado para su protección.

Fincado que el objeto material de la conducta debería recaer sobre un secreto empresarial con un efectivo interés patrimonial para su titular, que haya sido protegido en correcta forma por el mismo, queda por tanto determinar la conducta apropiada para vulnerarlo, la cual, al existir protecciones adecuadas al secreto, deberá ser lo suficientemente dañosa para obtenerlo. Es decir, al exigirse que existan fuertes medidas de seguridad en el objeto material, es aquello lo que fija una proporcionalidad en lo gravoso de la conducta, la cual, para obtener el secreto, tendrá necesariamente que utilizar fuerza, violencia o algún tipo de engaño sobre el titular del secreto.

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se observa una división entre aquellas conductas que quedarían en el ámbito civil, laboral o administrativo y aquellas que se adentrarían en el ámbito penal; así, únicamente estaría autorizada esta última vía, cuando exista una conducta que, basada en la fuerza, violencia o defraudación, logre la revelación de un secreto empresarial sobre el cual su titular haya tenido un interés patrimonial legítimo y lo hubiese protegido con medidas adecuadas para evitar su revelación, con el fin de mantenerlo oculto.

Superadas así la subsidiariedad y la fragmentariedad, en la última parte del desarrollo del trabajo, por tanto, ejecutando un análisis conjuntivo entre lo que los

doctrinarios consideran elementos constitutivos del delito de revelación de secretos empresariales y las barreras que franquea el principio de mínima intervención penal estudiado a través de la subsidiariedad y la fragmentariedad, se tomará una postura respecto a cada uno de dichos elementos constitutivos, con la finalidad de determinar una correcta técnica legislativa a aplicarse.

### 3.4. Ausencia de tipicidad en el Código Orgánico Integral Penal y propuesta de tipificación

Una vez analizado el secreto empresarial desde una perspectiva penal, no se puede dejar de mencionar que, en el Ecuador, la técnica legislativa suele ser plasmada en términos confusos y dispersos que no guardan entendimiento real para la sociedad en general. En el presente caso, se evidencia que el legislador, no solo ha omitido crear un tipo penal de revelación de secretos empresariales, sino que lo ha hecho pese a que existe un reenvío de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que fue creada por el mismo organismo.

Por ello, es necesario hacer referencia ahora a lo que omite nuestra legislación penal, para después, proceder a plantear una conclusión a todo lo que se ha venido analizando a lo largo de este trabajo. Tomemos entonces las partes más relevantes de cada acápite, empezando por la naturaleza del delito y siguiendo con el tratamiento que se tendría que dar al mismo dentro del COIP, para terminar con la toma de postura de la problemática planteada.

Bien, con respecto a la naturaleza del delito, es decir, socioeconómico, nos dice Feijoo Sánchez (2008) que el principal problema que plantean los delitos económicos, como delitos que tienen en su núcleo bienes jurídicos colectivos, es tipificar adecuadamente sus comportamientos para que, de forma individualizada, la conducta escogida guarde efectivamente lesividad social.

Dentro de este contexto, el tratamiento penal de revelación de secretos empresariales no es nuevo, puesto que legislaciones como la española o, sin irnos al otro lado del mundo, la colombiana, ha tipificado ya la conducta debido al gran abuso que los operadores económicos con mayor poder de mercado han perpetrado en contra de los

pequeños y medianos empresarios y su desarrollo e innovación dentro de un mercado relevante.

Lo anterior, lleva a que, si es que una mediana empresa protege un secreto empresarial que le ha llevado años perfeccionarlo, y un gran operador en uso de violencia, fuerza, maniobras injustas o abusivas, se apropia de su secreto, la mediana empresa quedaría entonces con un activo intangible en riesgo, importantísimo para su crecimiento patrimonial, en cambio, la gran empresa absorbe a todo futuro competidor; no solo eso, sino que en el contexto del orden económico general, el cometimiento de dicha conducta sin una correcta sanción vulnera de por sí la lealtad que se busca generar en las actividades de intercambio entre los operadores económicos, impidiendo el desarrollo integral económico dentro de un Estado, tal y como se garantiza en nuestra Constitución (bien jurídico).

Es entonces que se confirma la necesidad de tipificar el delito de revelación de secretos empresariales, pues, como se ha ahondado anteriormente, nuestra legislación penal no habla jamás sobre dicho tipo de secreto, sino solo el profesional, imposibilitando la aplicación práctica en caso de que dicha conducta exista y se ponga en conocimiento de la Autoridad encargada de investigar el ilícito, la Fiscalía.

Es evidente que, ante un constante desarrollo de las actividades comerciales y su complejidad dentro del mercado, se necesita que las formas de delincuencia que el Derecho Penal Clásico preveía evolucionen a la par de tal desarrollo comercial; caso contrario, surgen impedimentos de aplicación de tipos penales clásicos como la estafa y el abuso de confianza, ante una revelación de secretos empresariales, pues aquellos se ven limitados por principios rectores en nuestro sistema penal como lo son la interpretación literal, restrictiva y el principio de legalidad, simplemente porque en su concepción el legislador no configuró el tipo penal para un objeto material tan específico como lo es el secreto empresarial. He aquí la necesidad de especializar la aplicación de nuevas formas de delincuencia y, con ello, desvanecer su desconocimiento y provocar la impunidad si nos enfrentamos a un caso de esta naturaleza.

Para cumplir lo manifestado en el párrafo que antecede, tanto la doctrina -piedra angular del presente trabajo- como los límites dados por la mínima intervención penal a nuestro ordenamiento jurídico, han creado la combinación necesaria para sustentar la

importancia de tipificar la conducta de revelación de secretos empresariales, sin exceder las barreras que plantea el Derecho Penal como garantía de los derechos del individuo frente al poder punitivo.

Precisamente, en los párrafos siguientes se analizan los parámetros básicos que deberían cumplir los elementos constitutivos del tipo penal, para, sin descuidar las finalidades previstas por la doctrina para el delito de revelación de secretos empresariales, evitar incurrir en un excesivo uso de punitivismo que afecte la mínima intervención.

**a) Sujeto Activo:**

Hablemos pues, en primer lugar, del sujeto activo de este nuevo tipo de delito, así, se tiene que verificar quiénes "pueden" subsumir su conducta al tipo penal que se propone tipificar. Bien sabemos que el sujeto activo es quien comete la infracción penal, ahora, al ser la revelación de secretos empresariales un delito pluriofensivo, el cual afecta al orden económico social, toda persona podría cometerla.

Resultaría insignificante calificar al sujeto activo con cualidades tales como que sea funcionario público o que en calidad de gerente haya revelado el secreto a su competidor, debido a que un secreto puede interesarle a todo público, incluso por el valor económico que éste podría llegar a representar para el titular. Así, como se dijo anteriormente en este trabajo, si bien existen personas específicas que podrían estar en un contacto más cercano con los secretos empresariales por medio de su actividad laboral, las relaciones comerciales o inclusive los procesos administrativos que guardan con su titular, aquello no impide que existan terceros que, inclusive sin haber estado en contacto previo con aquel titular, puedan querer obtener el secreto simplemente al haber escuchado de su existencia.

Inclusive si es que quisiésemos basar una limitación con relación a las personas que podrían desenvolverse dentro del orden económico, en aras de poder determinar quiénes pudiesen beneficiarse de la comisión de una conducta desleal en su seno, veríamos que aquello nos conduciría al término de "operador económico"; sin embargo, tal como consta definido tal concepto en el artículo 2 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, se entendería como tal a cualquier persona natural o jurídica que realice actividades económicas actual o potencialmente; es decir, por el propio contexto de la economía y el mercado como ámbitos en donde se podría desarrollar el delito, una

limitación del sujeto activo, a través del otorgamiento de una calificación, resultaría un contrasentido, por la amplitud del término “operador económico”.

**b) Objeto Material y Objeto Jurídico:**

Ahora bien, como se ha reiterado en varias ocasiones, se han desarrollado parámetros dentro de la doctrina de protección a los secretos empresariales, los cuales se dividen en cuatro elementos principales, estos son el mantener oculto al secreto empresarial, que se hayan implementado medidas de protección para mantenerlo oculto, que represente un activo patrimonial para la empresa y, que este activo represente una ganancia o expectativa de ganancia para ella.

Estos requisitos, como se vio en párrafos anteriores, surgen del uso de la teoría del cono como herramienta metodológica que fija el objeto material del tipo penal en un secreto empresarial debidamente resguardado por su titular y que guarde un interés económico vinculado al desarrollo de la actividad comercial propia de aquella persona que lo ostenta.

La postura tomada con referencia al elemento jurídico juega un importante rol debido a que, como se mencionó, en sí el patrimonio y el orden económico social como bienes jurídicos protegidos no resultan ser excluyentes el uno con el otro. A su vez, se afirmó que el bien jurídico de más trascendencia para la protección de secretos empresariales es, sin duda alguna, el orden económico social debido a que las conductas desleales violentas, con uso de fuerza o fraudulentas afectan de por sí gravemente las relaciones y composición del orden económico.

Siendo que en tal circunstancia, no solo se vería inmersa en ella una posible pérdida patrimonial para la empresa, sino también una afectación a la política económica justa y transparente. Además, también puede verse repercusiones en el funcionamiento en sí de una sociedad en cuanto al desarrollo que puede tener dentro del carácter comercial.

**c) Conducta:**

La teoría del cono no solo nos ayudará a fijar en correcta forma el objeto material de la infracción, sino que además nos permite dilucidar un correcto uso de la mínima intervención penal, fincando su intervención solo cuando los medios hayan sido violentos y, a su vez, hayan roto la esfera de la protección del secreto empresarial.

En efecto, la fijación de la conducta ilícita es el punto más delicado de este trabajo pues, como se explicó, en principio se puede seguir por vía Administrativa una vulneración al secreto empresarial, al tenor de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado y su procedimiento administrativo sancionador, siendo que se puede obtener un resarcimiento económico por esa vía y restablecer de cierta manera la vigencia del orden jurídico, eso está claro.

Sin embargo, como se expuso en párrafos anteriores, he adoptado una postura de insuficiencia de esta vía administrativa sancionadora cuando en lugar de obtener el contenido del secreto por otorgamiento, en un inicio legítimo, de parte de la empresa titular del mismo, siendo trabajador, socio estratégico o funcionario público, por ejemplo, se obtiene en uso de violencia, fuerza o fraude como medio.

En este caso, el Derecho Penal, debido a la lesividad que se ha causado, tiene que intervenir y sancionar dicha conducta.

Aterrizando, por tanto, en la conducta que tendría que adecuarse al tipo penal, resulta fundamental tomar el análisis realizado en acápites anteriores sobre la mínima intervención penal, pues, es justamente este principio del Derecho Penal, aplicado a través de la teoría del cono, el que nos guía sobre cuándo interviene el poder punitivo del Estado. Ahora bien, inclusive si nos fijamos en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, vemos que el texto de su artículo 25, se reconoce la existencia de dos posibles "medios" de obtención del secreto empresarial, el legítimo y el ilegítimo, tal y como se planteó con el uso de la teoría del cono. Expliquemos pues, cada uno de ellos.

Por un lado, la obtención legítima del secreto empresarial radica en que se lo obtuvo de manera voluntaria por otorgamiento de su titular, usualmente para que lo use en razón de su empleo, una relación comercial o un procedimiento administrativo, siendo que después se puede ocasionar un uso ilegítimo de dicha persona, como lo prevé la LORCPM; en estos casos, como vemos, no hay una ilegitimidad en la obtención como tal, sino en el uso, cuestión que se podría abordar sin inconveniente por parte del Derecho Administrativo Sancionador.

Por otro lado, el panorama cambia cuando la obtención se da cuando una persona ajena a la empresa, por medio de uso de violencia en cuanto a la manipulación de datos o

utilizando medios fraudulentos, haya logrado obtener el secreto empresarial, pues en estos casos, ya no solo habrá una posible ilegitimidad de uso, sino que además existirá también una ilegitimidad en la obtención. El Derecho Penal interviene en este último, cuando los mecanismos extrapenales ya no pueden frenar estas conductas y se necesita una sanción más fuerte y completa para la persona que se encuentre realizando dicha conducta.

**d) Sujeto Pasivo:**

En cuanto al sujeto pasivo, o, quien sufre el atentado en contra del bien jurídico de su titularidad, debemos recordar que, en el caso en particular, al encontrarnos frente a un bien jurídico colectivo como lo es el orden económico, sería de aquellos que tienen como su titular a la sociedad en general, que se ve afectada por el cometimiento de conductas desleales dentro de la práctica económica y que, además de aquello guardan componentes de violencia, fuerza o fraude.

Aquello, sin dejar de lado que, como se estableció *supra*, la propia generación del tipo penal implica el análisis de un objeto material que guarda relevancia económica, por lo que, de por sí, el daño al orden económico guardará como antecedente la necesidad de que exista un activo patrimonial intangible.

Frente a lo anterior, es menester el abordar la razón de ser del título de este trabajo, al denotar a la persona jurídica como "víctima" del delito de revelación de secretos y no como "sujeto activo", pues el primer concepto, que deviene de un foro criminológico y no penal, se extiende por sobre los efectos del titular del bien jurídico para referirse a cualquier persona que se vea afectada por la comisión de una infracción. En tal sentido, observamos que el artículo 441 del Código Orgánico Integral Penal acoge una postura amplia respecto del concepto de víctima, siendo de especial consideración para el actual documento las contenidas en los numerales 1, 6 y 7 del precitado artículo.

En efecto, si observamos el numeral 1 del precitado artículo 441 del COIP se observa una consagración de víctima no solo para las personas naturales, sino además para las jurídicas que hubiesen sufrido lesiones a sus bienes jurídicos como consecuencia de la infracción, siendo que resultan cobijados los daños tanto directos, es decir con una consecuencia de causa y efecto frente a la comisión de la infracción, como los que se desprendan con cierta cercanía de tal evento, en forma indirecta. Así también, si observamos el numeral 6 del precitado artículo, existe una idea de refuerzo respecto de la

posibilidad de que una persona jurídica sea víctima de una infracción, dentro de una parte específica del artículo que habla de las entelequias creadas por el hombre como afectadas, mencionando a la par también a las personas jurídicas públicas y al Estado, como representante de la sociedad. Finalmente, en el numeral 7, vemos que existe un reconocimiento expreso de la capacidad de que existan bienes jurídicos colectivos, siendo que es tan amplio el concepto de víctima en estos casos que se permite que cualquier persona que tenga un interés directo en aquel bien jurídico pueda considerarse como víctima.

De la revisión de lo anterior, deviene la conclusión inequívoca de que la persona jurídica titular del secreto, en efecto, es una víctima del delito de revelación de secretos y que, como parte de la sociedad, es también sujeto pasivo de la infracción si bien no a título individual respecto del bien jurídico orden económico. Ahora bien, por estas consideraciones metodológicas especiales respecto del tipo penal propuesto, que ya han sido abordadas al hablar de los elementos constitutivos que la doctrina le otorga a la "revelación de secretos", en que la conducta desleal violenta, forzada o fraudulenta bien puede existir sin la constatación de un daño patrimonial real, es que se ha preferido adoptar la postura de que el tipo penal base de "revelación de secretos" contenga simplemente un elemento subjetivo adicional referente a la búsqueda de ganancia económica propia o ajena (finalidad).

Siendo que el daño patrimonial se ha considerado únicamente como un agravante modificatorio del tipo, que tal como lo hacen tipos penales compuestos, como el secuestro con resultado de muerte o el robo con resultado de lesiones, fincan la titularidad de un bien jurídico adicional en la existencia de la agravante, siendo que en este caso, en el delito de revelación de secretos con resultado de lesión patrimonial, existiría efectivamente una titularidad directa del bien jurídico "propiedad" por parte del titular del secreto, en específico, la persona jurídica.

**e) Elementos subjetivos:**

Por todo lo antes mencionado, es lógico que la conducta de revelación de secretos empresariales lleva consigo impregnada el dolo. Lo anterior se justifica por el simple hecho de que ningún delito en contra del patrimonio ni en contra de la economía resultan culposos según la tipificación que les ha dado el legislador, siendo que, como ya se dijo, inclusive las infracciones administrativas del Derecho de Competencia devienen de la

utilización de dolo y no de culpa. Complementando la idea mencionada, siempre el fin en esta infracción penal va a ser la obtención de un beneficio para sí o para terceros, pues lo que se obtiene a través de la ejecución de la conducta ilícita es un objeto material cuyo valor deviene de la posibilidad de su apreciación económica, siendo que por ello se considera importante la existencia de este elemento subjetivo adicional (finalidad).

Es así como la ausencia de tipicidad de la revelación de secretos empresariales obedecería a la realidad de adaptarse a una sociedad donde las formas de delinquir han cambiado y, seguramente, seguirán cambiando. La aparición de medios tecnológicos, la complejidad del manejo de empresas cada vez más grandes y el constante crecimiento de competencia entre operadores económicos, son algunos de los factores que coadyuvan a la creación e incorporación de nuevos tipos penales.

## 4. Conclusiones

El secreto empresarial ha sido una herramienta de gran utilidad para el constante crecimiento económico de una sociedad, pues, el desarrollo comercial basado en la sana competencia de un mercado trae consigo la maximización de la inversión. Es por ello que, para proteger el secreto, se han venido generando distintos medios de protección que se han mencionado durante el presente trabajo para evitar la deslealtad y abuso de poder en el campo económico. Debido a su constante desarrollo, ha existido debate de si las herramientas de protección del secreto deben inmiscuirse en el Derecho Penal o no, ya que el secreto empresarial es un elemento que conlleva siempre a ponderar la existencia de un interés patrimonial y el correcto funcionamiento del orden económico que, de ser vulnerado, puede tener distintas vías de respuesta jurídica.

Según el análisis efectuado en el presente trabajo, el secreto empresarial que debe ser protegido por el Derecho es aquel que haya sido objeto de medidas de protección para mantener su carácter oculto frente a terceros competidores, precisamente por su interés económico, ya que tal secreto representa un activo intangible para la empresa. Las herramientas legales que brinda nuestro ordenamiento jurídico, según lo desarrollado, muestran suficiencia y eficacia en los casos de revelaciones de secretos empresariales, cuando los mismos no se obtienen a través de violencia, fuerza o fraude. Al ocurrir lo anterior, el Derecho Administrativo Sancionador admite que se ve limitado en cuanto a su poder coercitivo y, mediante una remisión dentro de la propia LORCPM, insinúa al

Derecho Penal que intervenga cuando se utilicen medios ilegítimos para obtener el secreto empresarial.

Dentro del marco legal actual relacionado al secreto empresarial, los mecanismos de autocomposición y el propio poder punitivo estatal, en la esfera administrativa, pueden llegar a generar indemnizaciones y sanciones devenidas de derechos individuales e inclusive la protección al orden económico; sin embargo, a pesar de existir sanciones pecuniarias a los operadores económicos, ello no considera la existencia de conductas que, a través del uso de violencia, fuerza o fraude, por sí solas causan lesión al referido orden económico, cuya especificidad torna difícil su adecuación a los delitos del Derecho Penal Clásico. Estas conductas, dejadas en la esfera administrativa, podrían implicar la repetición de las acciones por parte de los operadores económicos, tanto más, que la extensión y poderío de algunos de ellos son de tal magnitud que, con el pago de una multa o indemnización, sin problema alguno volverían a realizar dicha conducta, inclusive por medio del uso de cualquiera de los elementos mencionados en este párrafo.

Precisamente, debido a lo anterior, es necesaria la generación de un tipo penal que venza las barreras actuales de limitación de los tipos penales del Derecho Penal Clásico, que no comprenden nuevos conceptos de las relaciones económicas actuales, así como también aquellas impuestas por el desconocimiento de los operadores judiciales a los que les corresponde su aplicación. Este tipo penal, se debe generar en cumplimiento con un "test" respetuoso de la mínima intervención penal y, venciendo las barreras de la lesividad, al haberse fijado al bien jurídico "orden económico social" como lesionado por la conducta de revelación de secretos, debiendo, por tanto, ser incorporado al ordenamiento jurídico penal, dentro de la sección 8va., Capítulo V, Título cuarto, Libro Primero del COIP.

En cuanto a la afectación y quién la absorbe, la persona jurídica se encuentra la posibilidad de considerarse como víctima dentro de un doble espectro según lo analizado en este trabajo; así, al encontrarnos frente a un bien jurídico colectivo como lo es el orden económico, sería de aquellos que tienen como su titular a la sociedad en general y, al formar parte la persona jurídica de la misma, le es posible adquirir la calidad de víctima frente a estos bienes jurídicos colectivos, como lo dispone el artículo 441.7 del Código Orgánico Integral Penal. Al tiempo, como hemos visto, la propiedad es un bien jurídico

que sirve para fincar la relevancia de protección del secreto, siendo que, al ser la persona jurídica la titular del mismo, como se ha analizado en este texto, una afectación patrimonial devenida de la conducta de revelación de secretos implicaría, según el artículo 441, numerales 1 y 6 del Código Orgánico Integral Penal, la posibilidad de que la persona jurídica adquiera una calidad de víctima inclusive por sobre su estatus de miembro de la sociedad, siendo afectada directamente, en estos casos, por el cometimiento de conductas fraudulentas y desleales dentro de la práctica económica.

## 5. Recomendaciones

Por ello, tomando en cuenta que se tienen que tomar estándares para tipificar este delito en el Ecuador tales como que se hayan tomado medidas de autoprotección al secreto empresarial en razón de darle dicha calidad, se haya mantenido oculto y reservado, represente un activo patrimonial para la empresa y, que se desprenda de aquello una ganancia o expectativa de ella que, a su vez, refleje una ventaja competitiva frente al mercado donde se desempeña dicha empresa, se propone que el tipo penal de revelación de secretos empresariales a agregarse en la sección 8va., Capítulo V, Título cuarto, Libro Primero del COIP, se tipifique de la siguiente manera:

> **"Art. (…) Revelación de secretos empresariales:** Será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años la persona que, con la finalidad de obtener un beneficio de índole económico para sí misma o para terceros, se apodere, acceda u obtenga un secreto empresarial, por medio de alguna de las siguientes actividades:
>
> 1. Utilizando fuerza sobre las cosas, para acceder al contenido del secreto, sea que aquella fuerza sea utilizada para quebrar las seguridades previstas por objetos materiales o a su vez, las fijadas a través de sistemas electrónicos, informáticos, telemáticos o de telecomunicaciones previstos para evitar su revelación.
> 2. Utilizando violencia o amenaza sobre las personas que hayan conocido legítimamente sobre el secreto debido a su titularidad, o bien por su oficio, empleo, profesión o arte, para apoderarse del mismo.
> 3. Simulando hechos falsos o deformando u ocultando hechos verdaderos, para engañar a las personas que hayan conocido legítimamente sobre el secreto debido a su titularidad, o bien por su oficio, empleo, profesión o arte, para obtener el mismo.
>
> Se entenderá por secreto empresarial, para efectos de la aplicación del presente artículo la definición brindada para el mismo por el artículo 27.7 de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado.

> En todos los casos, de comprobarse la existencia de beneficio patrimonial para el infractor o para terceros, quien haya cometido la conducta será sancionado con el máximo de la pena prevista en el primer inciso de este artículo y deberá, además, como medida de indemnización al titular del secreto empresarial, pagar el valor demostrado como beneficio patrimonial para el mismo.
>
> Serán circunstancia agravante del tipo penal, el hecho de que la persona que comete la infracción sea trabajadora, representante legal o administradora de la empresa perjudicada, esta quedará inhabilitada para ocupar el mismo cargo que mantenía dentro de la empresa titular del secreto, en cualquier otro operador económico, durante el tiempo del máximo de la pena prevista en el tipo penal.
>
> La pena para la persona jurídica será, de igual forma, la restitución del valor económico equivalente al perjuicio causado y la clausura temporal de los establecimientos o locales que maneje, durante un período del máximo de la pena prevista en el tipo penal.

Además de lo anterior y, devenido del análisis de subsidiariedad aquí efectuado, del cual deviene que mucha de la imposibilidad de aplicación de la revelación de secretos empresarial a las figuras clásicas del Derecho Penal deviene de que los operadores del sistema judicial desconocen de las nuevas figuras del Derecho Penal Económico, se recomienda la capacitación a jueces y fiscales sobre el secreto empresarial y el tratamiento que al mismo le da la legislación ecuatoriana.

## 6. Referencias Bibliográficas:

Conde, F. M. (2014). *Introducción al derecho penal* (2nd ed.).

Coria, D. C. C., & Alfaro, L. M. R. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa*.

Cuadras, A. E. (2015). *Dogmática jurídica de los delitos de violación de secreto empresarial*.

Cuadras, A. E. I. (2017). *El secreto empresarial*.

Del Mar Bustillo Saiz, M. (2020). *Protección del secreto empresarial en la Directiva (UE) 2016-943 y en la Ley 1-2019*.

Gómez, E. A. (2022). *Manual de derecho penal ecuatoriano* (4th ed.). Ediciones Legales.

Granda, M. P. A. (2014). *La nueva teoría del delito económico y empresarial en el Ecuador*.

Hefendehl, R., Andrew, V. H., & Wohlers, W. (2016). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons.

*Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial*. (2020).

*Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario Volumen 1* (Vol. 1). (2020). Reus.

Martínez-Villalba, J. C. R. (2008). *El Derecho de Los Secretos*. Editorial Temis.

Niño, M. L. C. (2015). Los conflictos de intereses de los administradores y su aplicación en el manejo de la información privilegiada. *Revista e-Mercatoria*. https://doi.org/10.18601/16923960.v14n1.05

Peña, D. M. L. (2016). *Derecho penal: parte general*.

Peña, P. A. (2020). *Competencia desleal: criterios de su autonomía disciplinar*.

Reig, J. B., & García, P. L. (2008). *Diccionario de derecho penal económico*.

Rodríguez, F. (ca. 2023). *Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo 1* (Vol. 1). Cevallos.

Salgado, H. (2014). *Introducción al derecho: un esbozo de teoría general del derecho*.

Sánchez, J. M. S. (2021). *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3rd ed.).

Tiedemann, K. (2012). *Manual de derecho penal económico: Parte especial con importantes textos legales y reglamentos*.

***Legislación***

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal (2014) 28 de enero de 2014. RS.180 de 10 de febrero de 2014

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (2016) 29 de noviembre de 2016. RS.899 de 09 de diciembre de 2016.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) 18 de agosto de 2011. RS 555 de 13 de octubre de 2011

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley de Compañías (1999) 05 de noviembre de 1999. RO.312 de 05 de noviembre de 1999.

Decisión 486 Comunidad Andina (2000) 14 de septiembre de 2000. RS.258 de 02 febrero de 2001.

***Jurisprudencia***

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016) Sentencia Pollo Rivera Vs. Perú (Párr. 2019).