

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
UNIDAD DE POSGRADO



TEMA DE INVESTIGACIÓN

CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LA CORRUPCIÓN
EN EL SECTOR PRIVADO DE EL SALVADOR

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

PRESENTADO POR:
MAESTRO JOSÉ LUIS CANIZALES ORTIZ

ASESOR:
DOCTOR SAÚL ERNESTO MORALES

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 22, DE ENERO DE 2021

TRIBUNAL CALIFICADOR

DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO
PRESIDENTE

DR. GILBERTO RAMÍREZ MELARA
SECRETARIO

DR. SAÚL ERNESTO MORALES
VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR

Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López
VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Alarcón
SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco
VICEDECANO

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo
SECRETARIA

Dr. José Miguel Vásquez López
COORDINADOR DE LA UNIDAD DE POSGRADOS

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios todo poderoso por darme una vida plena y feliz.

A mis padres, licenciado Luis Antonio Canizales Rivera y licenciada Azucena del Carmen Ortiz, que por su compromiso social en favor de este pueblo y la democratización del país, me ha posibilitado estudiar una segunda maestría en tiempo de paz.

A mi amada esposa licenciada Jackeline Lisseth Larín Canizales, que desde que la conocí ha sido mi fuente de inspiración y apoyo incondicional para seguir creciendo como persona y profesional.

A mi madrina licenciada Margarita Posada (QEPD), que desde el cielo sé que está feliz por este nuevo triunfo.

A mis hermanas Iris y Blanca, que me han ayudado en mi crecimiento personal y siempre me brindaron su apoyo.

A mi abuelita Leonor Ortiz, que fue parte fundamental en los primeros años de mi vida de quien aprendí mucho en especial que la humildad y el trabajo son el secreto de la felicidad.

A mi abuelo José Hernán Canizales Hernández, quien me enseñó que la responsabilidad es la virtud que debe cultivar el ser humano.

A mi tío Raúl Ortiz, que en lo largo de mi vida siempre me apoyo en los momentos más difíciles.

A mis tíos Oscar, Jorge, Carlos y Ceci que siempre han estado pendientes de mi familia y nos han brindado su apoyo.

A la profesora Raquel Martínez, a las licenciadas Irma Mejía, Doris Luz y a la señora "Chayito", que a lo largo de mi vida fueron mis maestras más apreciadas. Menciones especiales en su orden que me dieron clases en la Maestría, a la Doctora Ana Isabel Pérez Cepeda, quien me impartió el módulo de Política Criminal que prácticamente ha sido la columna vertebral de esta tesis y a la Doctora Patricia Faraldo Cabana, porque fue uno de sus ensayos sobre corrupción en el sector privado, los que me llevaron a decirme realizar este trabajo de investigación.

En su orden de edad, a Tito Rivas, Pepe Domínguez, Víctor Miranda, Víctor Rivas, Rene Domínguez, Rene Najarro, que han sido mis grandes amigos siempre y me han apoyado en todas las circunstancias de mi vida.

Al Dr. José Nicolás Ascencio Hernández, por ser un modelo de profesor que algún día quisiera ser.

A todos los docentes en materia penal, porque de todos he aprendido algo que me ha servido en mi vida profesional, mención especial al licenciado Francisco Granados por ser el primero que me dio clases y que me abrió las puertas de esta Ciencia y al Dr. Luis Gracia Martín (QEPD), por ser el último que me impartió clases formales en este arte y que prácticamente completó mi esquema de conocimiento de esta materia.

A los Doctores Gilberto Ramírez Melara y Armando Antonio Serrano, miembros de mi jurado calificador por apoyarme en el mejoramiento de este trabajo de investigación.

Al Dr. Saúl Ernesto Morales, mi asesor de tesis que con su ilustre guía me permitió terminar satisfactoriamente este trabajo de investigación.

Al Dr. Jorge Arias Gómez, pues, a pesar que no lo conocí físicamente, pero de sus escritos puedo inferir que fue un académico comprometido con las transformaciones sociales más importantes del país y por su aporte intelectual invaluable para las futuras generaciones.

A mis familiares que en algún momento de la vida me han enseñado algo que me ha permitido crecer como persona.

A todas las personas que he tenido el agrado de conocer y que me han ayudado gracias infinitas.

A la posteridad de personas que leerán este trabajo de investigación y que tal vez nunca conoceré, solamente les puedo decir que estudien mucho porque eso los hará mejores personas y les mejorará su calidad de vida, pero sobre todo que el conocimiento adquirido sirva para mejorar las condiciones materiales de existencia de la humanidad.

A la madre nutricia la Universidad de El Salvador, que en la celebración de sus 180 años de fundación, me ha dado todo lo que tengo y a pesar de que le he dejado 3 trabajos de investigación, todavía sigo en deuda, por lo que, siempre estaré eternamente agradecido por ser hijo de la mejor institución de educación superior del país.

José Luis Canizales Ortiz

ÍNDICE

RESUMEN.....	I
LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	II
INTRODUCCIÓN	III
CAPÍTULO I	
ENFOQUE HISTÓRICO SOBRE LA CORRUPCIÓN	
1. Generalidades sobre la corrupción.....	1
1.1. Consideraciones históricas del vocablo corrupción en la Edad Antigua.	1
1.2. Consideraciones históricas de la corrupción en la Edad Media.	7
1.3. Consideraciones históricas de la corrupción en la Edad Moderna... ..	9
1.4. Consideraciones históricas de la corrupción en Latinoamérica	11
1.5 Aspectos históricos de la corrupción en El Salvador	13
1.6. Regulación histórica en materia constitucional sobre la corrupción en El Salvador	13
1.7. Regulación histórica en materia penal sobre la corrupción en El Salvador.....	15
1.8. Casos históricos de corrupción que se han dado en El Salvador ..	19
1.9. Evolución en la dogmática penal internacional Europea sobre la corrupción en el sector privado.	23
1.10. Evolución en la dogmática penal internacional sobre la corrupción privada en Latinoamérica.....	25
1.11. Diferencias y relaciones de la corrupción en el ámbito público y privado.....	26
1.11.1. El caso de corrupción por empresa dedicada al rubro de telecomunicaciones WorldCom.....	28
1.11.2. El caso de corrupción por empresa dedicada al rubro energético ENRON.....	29
1.11.3. El caso de corrupción por empresa dedicada al rubro de alimentación PARMALAT	31

CAPITULO II

TRATAMIENTO DOCTRINAL AL CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

2. Abordaje multidisciplinario del concepto y definición de corrupción.	33
2.1. Tratamiento doctrinal al concepto y definición de corrupción en el sector público.	40
2.2. Evolución dogmática del concepto y definición de corrupción en el sector privado en la sociedad contemporánea.	43
2.3. Aspectos a considerar para la formulación de una teoría dogmática de corrupción en el sector privado.	52
2.4. Teoría Jurídica del derecho penal económico que aborda la Corrupción en el Sector Privado.	53
2.5. Justificación doctrinal de la regulación de la corrupción en el sector privado.	58
2.6. Modelos dogmáticos internacionales que regulan la corrupción en el sector privado.	61
2.7. Perfil criminológico de los sujetos que cometen corrupción en el sector privado.	66

CAPÍTULO III

REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

3. Análisis específico de las normas internacionales que tienen relación con el delito de corrupción en el sector privado.	73
3.1. Generalidades de los instrumentos internacionales que regulan y sancionan la corrupción en el sector privado.	73
3.1.1. Análisis del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.	77
3.1.1.1 Análisis del artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.	87
3.1.1.2. Análisis del artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.	90

3.1.1.3. Análisis del artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.	91
3.1.2. Instrumentos regionales europeos contra la corrupción privada.	94
3.1.2.1 Análisis de los artículos 2 y 3 de la Acción Común del Consejo Europeo de 1998.	94
3.1.2.2. Análisis de los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo Europeo de 1999.....	96
3.1.3. Análisis a los artículos VIII y IX de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.	99
3.1.4. Análisis al artículo 5 del Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica.....	101
3.2. Factores comunes y diferentes de los instrumentos internacionales que combaten la corrupción privada.	103

CAPÍTULO IV

LA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

4. Nociones generales de la Política Criminal contra la corrupción en el sector privado.	105
4.1. Aspectos preliminares sobre la Política Criminal Económica.....	105
4.1.1. Contenido de la Política Criminal, en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho.....	109
4.1.2. Relación de la Política Criminal con respecto a la criminología económica.	111
4.1.3. La Política Criminal y el Análisis Económico del Derecho respecto a los delitos de corrupción en el sector privado.....	113
4.1.4. Actores de la Política Criminal que interactúan en el Derecho Penal Económico que podrían influir en la tipificación del delito de corrupción en el sector privado.	115
4.1.5. La racionalidad de la construcción de normas penales de carácter económico versus el populismo punitivo.....	125
4.2 Políticas criminales de la corrupción en el sector privado en Europa y América.....	142

CAPÍTULO V

ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN SOBRE POLÍTICA CRIMINAL DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO DE EL SALVADOR

5. Estado actual de la regulación sobre la corrupción en el sector privado de El Salvador	145
5.1. Generalidades de la normativa salvadoreña.	145
5.2. Estado actual de la regulación constitucional sobre el orden económico.....	146
5.3. Tratados ratificados por El Salvador que prescriben sancionar los ilícitos de corrupción privada.....	149
5.4. Regulación interna que sanciona los ilícitos de carácter económico y que tiene relación con la corrupción en el sector privado.....	155
5.4.1. Análisis del Art. 218- A Pn., relativo al Fraude Deportivo	160
5.4.1.1. Análisis de los artículos relativo a la corrupción de funcionarios públicos	165
5.4.1.2. Análisis del Art. 307 Pn., Soborno.....	165
5.4.1.3. Análisis del Art. 320 Pn., Actos Arbitrarios	166
5.4.1.4. Análisis del Art. 325 Pn., Peculado.....	167
5.4.1.5. Análisis del Art. 327 Pn., Concusión	169
5.4.1.6. Análisis del Art. 328 Pn., Negociaciones Ilícitas	169
5.4.1.7. Análisis del Art. 329 Pn., Exacción.....	171
5.4.1.8. Análisis del Art. 330 Pn., Cohecho Propio.....	172
5.4.1.9. Análisis del Art. 331 Pn., Cohecho Impropio.....	174
5.4.1.10. Análisis del Art. 332 Pn., Malversación.....	174
5.4.1.11. Análisis del Art. 333 Pn., Enriquecimiento Ilícito	175
5.4.1.12. Análisis de los delitos de corrupción cuando confluyen un particular y un funcionario público	180
5.4.1.13. Análisis del Art. 335 Pn., Cohecho Activo	180
5.4.1.14. Análisis del Art. 335- A Pn., Soborno Transnacional.....	182
5.4.1.15. Análisis del Art. 336 Pn., Trafico de Influencias.....	184

5.4.1.16. Análisis de los artículos que tienen relación con actos de corrupción entre privados.....	185
5.4.1.17. Análisis del Art. 218 Pn., Administración Fraudulenta.....	185
5.4.1.18. Análisis del Art. 232 Pn., Monopolio.....	186
5.4.1.19. Análisis del Art. 238 Pn., Competencia Desleal	189
5.4.1.20. Análisis del Art. 249- A Pn., Evasión de Impuestos.....	190
5.4.1.21. Análisis de los Arts. 255 y 256 Pn., sobre Contaminación Ambiental y su Agravante.....	197
5.4.1.22. Análisis del Art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos	199

CAPÍTULO VI

JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE CASOS DE CORRUPCIÓN EN EL SALVADOR

6. Jurisprudencia emitida sobre delitos de corrupción de carácter económico.	202
6.1. Análisis crítico del caso Molinos de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable (MOLSA) y HARISA, S.A. de C.V., (HARINA).	204
6.2. Análisis crítico de la resolución emitida por el Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, clasificado bajo la Ref. 130-3-2015, respecto al caso CEL-ENEL.....	207
6.3. Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref. 390-C-2019, por el delito de Peculado y Lavado de Dinero y de Activos, respecto al Caso SACA.....	210
6.4. Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref. 22-CAS-2015, por el delito de Contaminación Ambiental Agravada, respecto al caso RECORD.	228

CAPITULO VII

ANÁLISIS DE LOS PLANES DEL ÓRGANO EJECUTIVO, LAS ACCIONES DE LA FGR, ONG'S Y LAS EMPRESAS

7.1. Planes del Órgano Ejecutivo para sancionar los ilícitos de carácter económico en el sector privado.	234
7.2. Acciones realizadas por la Fiscalía General de la República para sancionar delitos de corrupción en el sector privado.	238
7.3. Acciones realizadas por las Organizaciones no Gubernamentales, para para prevenir ilícitos de corrupción privada.....	243

7.4. Medidas Tomadas por las empresas para evitar el cometimiento de ilícitos económicos.....	244
---	-----

CAPÍTULO VIII

CONSIDERACIONES NECESARIAS PARA LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO Y LOS ELEMENTOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL EN ESTA DIRECCIÓN EN EL SALVADOR

8. Generalidades para la tipificación del delito de corrupción en el Sector Privado	247
8.1 Tipo básico de corrupción privada pasiva y activa.....	247
8.2. Bien Jurídico Protegido en el delito de Corrupción Privada.	252
8.3. Los sujetos en el delito de Corrupción Privada.....	254
8.4. La Conducta Típica.....	254
8.4.1 La conducta subjetiva.	255
8.5. La antijuridicidad y culpabilidad.....	256
8.6. Posición crítica respecto a responsabilizar penalmente a las Personas Jurídicas en El Salvador.	260
8.7. Análisis de las entrevistas a los diferentes actores que deben tomarse en cuenta para la elaboración de una política criminal integral que sancione los delitos de corrupción en el sector privado.	273
8.7.1. Estado actual de la política criminal sobre la corrupción en El Salvador	273
8.7.2. Contenidos esenciales que debería tener una política criminal relativa a la corrupción en el sector privado salvadoreño.....	274
8.7.3. El rol de los actores que deberían sancionar los delitos de corrupción en el sector privado en El Salvador.....	275
8.7.4. Viabilidad de tipificar el soborno entre privados y sancionar a la persona jurídica en El Salvador conforme a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.....	276

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

RESUMEN

El capítulo I analiza el fenómeno de la corrupción desde sus orígenes y desarrollo en las distintas edades de la humanidad.

El capítulo II versa sobre las teorías que sustentan la corrupción en el sector privado desde el Derecho Penal Económico, los modelos que se han implementado y el perfil de las personas que cometen esta clase de delitos.

El capítulo III se analiza puntualmente los artículos de los instrumentos internacionales que tienen relación con el sector privado desde el sistema universal y regional.

El capítulo IV desarrolla las nociones doctrinales de la Política Criminal, entre ello, su contenido, su relación con la criminología y el análisis económico del derecho, los actores, la creación de normas racionales, el populismo punitivo y la política criminal que ha adoptado Europa y América.

El capítulo V se realiza un análisis normativo de la constitución, tratados internacionales y leyes penales.

El capítulo VI trata sobre la jurisprudencia nacional sobre corrupción.

El capítulo VII se estudia los planes del órgano ejecutivo, las acciones de la FGR, ONG'S y las empresas.

El capítulo VIII plasma las consideraciones dogmáticas sobre el delito de corrupción privada y se realiza un análisis de las entrevistas a los actores claves.

LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

SIGLAS

CICIES Comisión Internacional contra la Impunidad en El Salvador

CNJ Consejo Nacional de la Judicatura

CICC Convención Interamericana Contra la Corrupción

CNUCC Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

CP Código Penal

DL Decreto Legislativo

DO Diario Oficial

FGR Fiscalía General de la República

LCLDA Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos

OEA Organización de los Estados Americanos

OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

ONU Organización de las Naciones Unidas

ONG Organizaciones No Gubernamentales

SCN Sala de lo Constitucional

SPN Sala de lo Penal

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación jurídica denominado: “Consideraciones Político Criminales sobre la Corrupción en el Sector Privado de El Salvador”, tiene como propósito evidenciar el conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos y actores sociales para prevenir y reaccionar ante el fenómeno de la delincuencia moderna de nuestro país, a la luz del Derecho Penal Económico y de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

El objetivo general es analizar las consideraciones de carácter político criminal adoptadas para la aplicación de sanciones en los ilícitos de corrupción en el sector privado de El Salvador. Tal situación, en primer lugar, permitirá determinar cuáles han sido los ejes fundamentales adoptados a la fecha, en segundo lugar, establecer la dirección a tomar para sancionar adecuadamente esta clase de ilícitos y, en tercer lugar, servirá para reflexionar sobre la viabilidad de tipificar el delito de soborno en los negocios particulares.

En consecuencia, de lo apuntado esta investigación jurídica se justifica, pues, el fenómeno de la criminalidad en el mundo de los negocios ha evolucionado a tal grado que los instrumentos jurídicos nacionales existentes no pueden hacer frente a este tipo de problemática, ya que, el carácter multinacional en que se mueve esta delincuencia, no permite identificar a los sujetos que cometen esta clase de ilícito. Por ello, es necesario analizar la política criminal de El Salvador, para verificar como está sanciona los ilícitos de corrupción privada, y de esta manera identificar los aciertos y deficiencias del mismo. Con lo anterior, se logrará proponer reformas necesarias para el combate frontal a esta clase de delitos.

También, es necesario identificar, el trabajo de las instituciones estatales respecto a las acciones encaminadas a proteger a los ciudadanos frente a la delincuencia económica, ya que, esta afecta al orden socioeconómico de nuestro país. Lo anterior, permitirá tener un documento base para comprender el fenómeno delincriminal de la corrupción en el mundo de los negocios en El Salvador, asimismo, se establecerá el estado actual de las cosas y sus posibles perspectivas de solución, lo cual servirá para futuras investigaciones que abonen al mejoramiento de una política criminal que combata las causas de la delincuencia en el sector privado salvadoreño.

En concordancia con lo anterior, el problema de esta investigación es: ¿Qué tipos de consideraciones político criminales deben adoptarse, para aplicar sanciones a los ilícitos de corrupción privada en El Salvador? la cual será explicada en el desarrollo de esta investigación.

A partir del referido problema, los objetivos de esta investigación son: analizar los fundamentos doctrinales de la corrupción en el sector privado, la política criminal implementada y los actores que la ejecutan, lo anterior permitirá demostrar la necesidad de crear una política criminal enfocada a este sector en nuestro país y la viabilidad de tipificar el delito de corrupción en los negocios.

Por tanto, se ha desarrollado una investigación jurídica para explicar este fenómeno a través del proceso sistemático de descubrimiento, descriptivo y explicativo de este tipo de delitos con la finalidad de dar respuesta adecuada para la aplicación de sanciones de esta nueva clase de criminalidad en el ámbito privado. Por ello, el paradigma que se utilizó es el mixto o multidimensional, encausado mayoritariamente en el enfoque cualitativo, por

lo cual se ocupó el método general de la Ciencias Sociales y en particular la Ciencia Jurídica como es la lógica y la argumentación que sirvieron para analizar la actual normativa y las nuevas instituciones jurídicas, desde los marcos siguientes: histórico, teórico-doctrinal, sistemático, normativo, empírico y analítico, el cual se ha desarrollado en ocho capítulos.

El capítulo I se analiza el origen de la palabra corrupción y como esta ha evolucionado desde la Edad antigua, media, moderna, prosigue con la semejanzas y diferencias entre corrupción pública y privada.

El capítulo II se realiza el abordaje de las teorías que sustentan la corrupción privada dentro del Derecho Penal Económico, su justificación, los modelos dogmáticos y finalmente, el perfil de las personas que cometen estos ilícitos.

El capítulo III analiza la regulación internacional de la corrupción en el sector privado a la luz de los Arts. 12, 21, 22 y 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, además se estudian puntualmente los convenios regionales, entre ellos, los Arts. 2 y 3 de la Acción Común del Consejo de la Unión Europea, los Arts. 7 y 8 de la Convención Penal sobre Corrupción del Consejo de la Unión Europea, los Arts. VIII y IX de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y el Art. 5 del Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, de los cuales se reflexionan sus factores comunes y sus diferencias.

El capítulo IV desarrolla los aspectos generales de la política criminal, su relación con el Derecho Penal Económico, la criminología, el análisis económico del derecho, también se estudia a los actores sociales de la misma, la racionalidad de las normas penales, el populismo punitivo y

finalmente, la política criminal en el sector privado que se ha desarrollado en Europa y América.

El capítulo V tiene que ver con la legislación salvadoreña, por lo que, se analizan los postulados constitucionales que deben servir para la creación de una política criminal económica dirigida al sector privado, también se reflexiona sobre la implementación del Convenio de las Naciones Unidas Contra la Corrupción específicamente respecto al sector privado, la legislación secundaria relacionada a la temática.

El capítulo VI trata sobre la jurisprudencia nacional que tiene relación con la corrupción, pues, se analiza el caso Molinos de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable (MOLSA) y HARISA, S.A. de C.V., (HARINA), Caso CEL- ENEL, caso SACA, caso RECORD.

El capítulo VII se analiza los planes y acciones del Órgano Ejecutivo, la Fiscalía General de la República, las Organizaciones No Gubernamentales y la empresa privada.

El capítulo VIII se realiza consideraciones para tipificar como delito la corrupción en el sector privado, para ello, se estudia el bien jurídico a tutelar, los sujetos activos y pasivos, la conducta típica, la antijuridicidad y culpabilidad, la viabilidad de sancionar a la persona jurídica y finalmente, se examina la postura de los actores claves que tienen relación con este tema, sobre cómo perciben la política criminal contra la corrupción de nuestro país y la necesidad de que se elabore una específicamente para el sector privado.

CAPÍTULO I

ENFOQUE HISTÓRICO SOBRE LA CORRUPCIÓN

El propósito de este capítulo es explicar el origen de la palabra corrupción y la evolución que ha tenido en las diferentes edades en la historia de la humanidad, como se ha abordado este fenómeno en Latinoamérica y concretamente en El Salvador, su evolución normativa internacional y regional. Finalizando, con las semejanzas y diferencias de la corrupción pública y privada.

1. Generalidades sobre la corrupción.

1.1. Consideraciones históricas del vocablo corrupción en la Edad Antigua.

De acuerdo a la doctrina, no existe un consenso sobre cuando surgió la corrupción como actividad humana reprochable¹. Sin embargo, la mayoría de doctrinantes la remontan² a los inicios de la civilización humana³, a partir de la existencia de una pluralidad social⁴, cuando esta ha alcanzado un cierto grado de desarrollo político en su forma de organizarse⁵ y ha dejado su condición de salvajismo o barbarie, por ello, no es extraño que por haber

¹ López de Lemos, Ana Isabel Parés, “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, Pág. 25.

² Ribas Júnior, Salomão Antonio, tesis doctoral “Corrupción Pública y Privada Cuatro Aspectos: Ética en el Servidor Público, Contratos Financiación Electoral y Control, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2013, Pág. 30.

³ Argandoña, Antonio, “Las Empresas ante la Corrupción”, Papeles de Ética, Economía y Dirección, N° 4, Universidad de Navarra, España, 1999, Pág. 1.

⁴ De Vicente Martínez, Rosario, “Corrupción, funcionario público y medio ambiente”, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006, Pág. 19.

⁵ Johnston, Michel, “Conflicto histórico y ascenso de las normas”, El resurgimiento global de la democracia, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, México, 1996, Pág. 193.

mayores registros históricos se analice el surgimiento de las instituciones jurídicas, a partir de una visión eurocéntrica⁶ y concretamente en los Estados naciones de Grecia y Roma antigua, pues, tal como lo relatan los historiadores, dichas ciudades estaban conformadas para el caso de los helénicos desde la época heroica por asamblea de pueblo, consejo de pueblo y basileus⁷ (título que si bien tuvo varios significados era usualmente ocupado para referirse a monarcas y funcionarios) que permitió la instauración de una administración central, lo cual trajo consigo la división social entre nobles, agricultores, artesanos y esclavos, siendo los primeros los únicos que tenían derecho a ejercer cargos públicos, dicha forma también fue amalgamada por los romanos pero con sus particularidades, pues, la gestión de los asuntos públicos se ejercía mediante el senado⁸ y en su fase imperial por un “Cesar”. No obstante lo anterior, hay estudios que indican la existencia de actividades corruptas en otros imperios⁹ del periodo antiguo como el Egipcio, Babilónico y Chino.

Otra visión minoritaria, cuestiona la visión generalizada de la corrupción al señalar que los estudios empíricos realizados hasta la fecha, hacen ver que esta problemática es un hecho a priori, absoluto e incuestionable y que está impregnada en la sociedad¹⁰, sin meditar que dicha visión pudo ser impuesta para que esta actuación ilícita se perciba como algo normalizado y hasta aceptado, sin pensar que se puede aspirar a una sociedad más justa, culta y humana; donde dicha actuación es mínima o inexistente.

⁶ Johnston, Michel, “Conflicto histórico y ascenso de las normas”, El resurgimiento global de la democracia, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, México, 1996, Pág. 193

⁷ Engels, Friedrich, “El Origen de la Familia, la propiedad privada y El Estado”, Fundación Federico Engels 1º edición, Madrid, España, 2006, Pág. 117.

⁸ Engels, Friedrich, Óp., Cit., Pág.136.

⁹ Argandoña, Antonio, Óp., Cit., Pág. 1.

¹⁰ Laporta, Francisco J., “La Corrupción Política”, Alianza Editorial, Madrid, España, 1997, Pág. 19.

Al margen de esta discusión, la mayoría de juristas coinciden en determinar que la práctica corruptiva se convierte en problema para el Estado, cuando se le pone límites al poder absoluto y esto dependerá cuando existan grupos de contrapeso¹¹, ya sea para resguardar sus propios intereses, o por el contrario sean vigilantes de las actuaciones de los gobernantes, pues, en este último caso solamente las sociedades libres, democráticas y organizadas; pueden hacer ver a quienes detentan el poder, tomen en cuenta el interés general, sobre el interés particular.

Volviendo al punto de partida, al estudiar el origen etimológico del concepto y definición de la palabra *corrupción*, hay que retomar los estudios realizados por la cultura jurídica grecorromana quienes describieron este fenómeno con el vocablo latino: “*corruptio*”, en ese sentido el prefijo “*con*” se refiere a la totalidad de algo; por la raíz del verbo “*rumpere*” que significa quebrar, partir o fracturar, y por el sufijo “*tio*”, que indica acción y efecto¹², De ahí que, dichas conjugaciones eran para hacer referencia a las acciones que conllevan la alteración, desunión, descomposición, depravación y falseamiento¹³. Sobre lo anterior, es oportuno recordar que uno de los juicios más famosos del mundo antiguo, lo contó Platón sobre la defensa o apología de su maestro Sócrates, en la que Meleto en representación de los poetas, Anito en nombre de los artesanos y políticos y Licón en nombre de los

¹¹ Johnston, Michel, “Conflicto histórico y ascenso de las normas”, El resurgimiento global de la democracia, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, México, 1996, Pág. 193.

¹² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001, pág. 668.

¹³ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1956, Pág. 937.

oradores, acusaron a Sócrates por los cargos de corromper a la juventud y de enseñarles¹⁴ a no creer en los dioses.

De lo anterior, pese a que los eruditos versados sobre el tema concluyen que tales aseveraciones eran calumniosas, la sentencia que se pronunció fue de carácter condenatoria, la cual para sus biógrafos la consideraron un fallo injusto, y que se podría considerar un caso de corrupción por ser un tipo de prevaricación judicial, pues, para los modernos historiadores el motivo de la resolución del caso estaba sustentada por que las enseñanzas del filósofo amenazaban al régimen¹⁵ de las personas que ostentaban el poder en esa época, ya que, habían otros pensadores contemporáneos a Sócrates que hacían las mismas acciones y que no fueron señalados.

Ahora bien, volviendo al concepto de corrupción esta fue adquiriendo particularidades, pues, en el mundo antiguo se utilizaba para referirse a las personas que abusaban de su poder¹⁶ y se desviaban de los parámetros permitidos de la convivencia social, con la finalidad de realizar acciones que perjudicaban a terceras personas en beneficio propio. Dicha noción fue puesta de manifiesto de forma más estructurada en el ámbito público por Aristóteles en su obra “La Política”, al describir las distintas formas de gobernar¹⁷ en los Estados helénicos, entre ellas, destacan los tipos de

¹⁴ Platón, “Defensa de Sócrates, Editorial UCA, 5° Edición, San Salvador, El Salvador, 2015, Pág. 37.

¹⁵ Ramis, Juan Pablo, “Reflexiones sobre el trasfondo político en el juicio contra Sócrates”6, Atenea 8: revista de ciencia, arte y letras No. 491, Universidad de Concepción, Concepción, Chile, 2005, Pág. 69.

¹⁶ Nieto, Martín, Adán, “Derecho Penal Económico”, Consejo Nacional de la Judicatura, 1° Edición, San Salvador, El Salvador, 2009. Pág. 24.

¹⁷ Ribas Júnior, Salomão Antonio, tesis doctoral “Corrupción Pública y Privada Cuatro Aspectos: Ética en el Servidor Público, Contratos Financiación Electoral y Control, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2013, Pág. 30.

administraciones justas y las que son corruptas¹⁸, esta última afecta independientemente cual sea la forma de gobierno que adopte un Estado¹⁹.

En ese mismo orden de ideas, al estudiar las normativas de Roma antigua, uno de sus primeros cuerpos jurídicos era la Ley de las doce tablas²⁰, que si bien no se estableció literalmente la prohibición de esta clase de conductas, dicho código permitió a los juristas romanos mejorar la técnica normativa, por lo que, ya en tiempos de la República e Imperio Romano, se tipificaron conductas para evitar el soborno²¹ de aquellos ciudadanos que ostentaban cargos públicos o militares.

No obstante lo anterior, siempre persistía dichas prácticas tanto al interior del imperio como en los territorios donde ejercía su poder, los cuales eran utilizados por el gobernante en favor de sus intereses, ejemplo de ello, de acuerdo al historiador Flavio Josefo, en la época de Herodes I el Grande, este realizó acciones para conquistar y mantenerse gobernando en sus territorios y para ello se congraciaba con la curia romana que ostentaba el poder y si era necesario cambiar de bando lo hacía y su método era la entrega de regalos o tributo (sobornos) y sobre este particular se menciona lo siguiente:

Cuando Cayo Julio César Octaviano Augusto vence a Marco Antonio el Triunviro, en la batalla de Accio (Actium) que se dio en la entrada de la desembocadura del golfo de Ambracia, (actualmente el mar Jónico, en el noroeste de Grecia) el 2 de septiembre del año 31 a. C. Herodes vio con

¹⁸ Aristóteles, "La Política", Editorial Tor, Buenos Aire, Argentina, 1959, Pág. 67.

¹⁹ Aristóteles, Óp. Cit. Pág. 133.

²⁰ López de Lemos, Ana Isabel Parés, "Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales", Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, Pág. 27.

²¹ López de Lemos, Ana Isabel Parés, Óp. Cit. Pág. 27.

peligro a Hircano, pues, si este se unía a Cesar era muy probable su derrocamiento, es así que, conspiró contra él y sobre este particular Josefo menciona que: *“...Durante un banquete Herodes preguntó a Hircano si había recibido alguna carta de Maleo; Hircano admitió que había recibido una carta con saludos. Herodes luego indagó si le había hecho algún regalo; respondió que solamente cuatro caballos de montar. Herodes tomó entonces pretexto para acusarlo de corrupción y traición y ordenó que fuese estrangulado...”*²².

Posteriormente, Herodes se presentó ante Cesar y le *“...Dijo a César que su amistad con Antonio había sido muy grande, (...), pero que no lo ayudó con las armas, pues por aquel entonces estaba ocupado en la guerra con Arabia, sino que solamente le suministró dinero y trigo; (...) persuadido de haber actuado debidamente, al no abandonar al que fuera vencido en la batalla de Accio y, una vez cambiada la suerte, dejarlo por otra persona...”*²³.

Sobre dicha acción, Josefo menciona que: *“...Estas palabras y la sinceridad con que las pronunció produjeron gran impresión en César, (...) de modo que aquello que debía ser motivo de acusación se convirtió en principio de benevolencia. Le impuso de nuevo la diadema, (...) Al verse recibido tan benignamente y confirmado en el reino de manera inesperada, tanto por parte de César como por un senadoconsulto de los romanos, que procuró obtener para mayor seguridad, acompañó a César en camino a Egipto; ofreció regalos tanto a él como a sus amigos, comportándose lo más magníficamente que pudo (...) se esforzó en ayudar a César, que iba a invadir a Egipto desde Siria. Cuando llegó, lo recibió en Ptolemáis con esplendor real; además distribuyó regalos a su ejército y suministró en*

²² Josefo, Flavio, “Antigüedades de los Judíos, Editorial CLIE, Barcelona España, 2013, Pág. 579

²³ Josefo, Flavio, Óp. Cit., 580

abundancia todo lo necesario (...) Herodes (...) lo albergó a él y a sus amigos, en ciento cincuenta habitaciones adornadas con gran riqueza y amuebladas suntuosamente. Además, transitando por aquella región privada de agua, cuidó que no les faltara ni el agua ni el vino, tan necesarios a los soldados. Regaló a César ochocientos talentos e hizo que todos pensarán que se mostraba más generoso de lo que permitían los recursos del reino. Con esto logró que se persuadieran de su benevolencia y buena voluntad, y le resultó ventajoso haber acomodado su generosidad a las necesidades del momento...”²⁴.

Sobre estos casos del mundo antiguo, se perfila los ilícitos de corrupción por parte de los funcionarios públicos de ese tiempo, pues, se refleja la utilización del aparato Estatal para lograr sus fines personales, y por otro lado, se infiere que hay cierto grado en la selectividad de los casos de corrupción, en tanto que la aplicación del ius puniendi era únicamente cuando dichas actuaciones eran realizadas por los enemigos de las personas que ostentaban el poder formal.

1.2. Consideraciones históricas de la corrupción en la Edad Media.

En la época de la Edad Media, las prácticas corruptas tuvieron una connotación particular debido a las condiciones materiales de la época, ya que, en dicho periodo la soberanía residía en el Rey, puesto que, este ostentaba el poder absoluto²⁵, y es que, en este periodo las clases sociales eran las siguientes: La nobleza que estaba constituida por la Monarquía, sus Cortes y demás funcionarios, los señores feudales, el clero, oficiales,

²⁴ Josefo, Flavio, Óp. Cit., 581

²⁵ Johnston, Michel, “Conflicto histórico y ascenso de las normas”, El resurgimiento global de la democracia, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, México, 1996, Pág. 193.

maestros, vasallos y siervos²⁶, de ahí que, el aparato Estatal solamente estaba facultado por las leyes imperantes, para castigar a los enemigos del monarca y a los súbditos que ejercían acciones en contra de la corona.

En ese marco histórico, vale la pena recordar que habían varios tipos de corrupción, pero uno que llama la atención para el tema investigado, porque se dio en el plano meramente particular, fue la institución de las indulgencias y es que en el siglo XIV se generó una burocratización de la vida cristiana la cual estaba en consonancia con la estructura jurídico económica de la sociedad europea y eclesiástica, ya que, la fidelidad a Dios se expresaba con tributos, destacándose el diezmo, las ofrendas, entre otros emolumentos, pues, al sujeto común de la época no le repugnaba pagar y recompensar la propia actividad de su culto al ser superior.

Por lo anterior, se creó y perfeccionó el sistema de créditos de capital²⁷ religioso, el cual estaba garantizado por cuestiones metafísicas, de ahí que la indulgencia sería la remisión ante Dios de la pena temporal correspondiente a los pecados ya perdonados, que se obtiene por mediación de la Iglesia con la finalidad de perdonar las culpas mediante la concesión de una gracia. Tal acción fue criticada por cierto sector del clero, uno de los documentos más famosos sobre este tema fue las 95 tesis de Lutero, pues para este teólogo no se podía absolver de los pecados a las personas por dar dinero a una institución religiosa. Otra práctica inadecuada de la época, se generó cuando particulares pudieron ingresar al servicio público, pero fueron mal pagados,

²⁶ Marx, Carlos, "Manifiesto Comunista", Ocean Sur, 2ª impresión, Bogotá, Colombia, 2007.

²⁷ Romano Ruggiero, "Los Fundamentos del Mundo Moderno", Editorial siglo XXI, 11ª Edición, Madrid, España, 1980, Pág. 94.

por lo que, para los académicos, tal situación dio paso a la corrupción burocrática²⁸.

Sin embargo, dicha concepción cambio cuando los ciudadanos comenzaron a organizarse y dieron forma a las asambleas o parlamentos²⁹, en tanto que con dichos entes, los ciudadanos constituidos en los partidos políticos cobraron relevancia en el accionar del Estado que tuvo como resultado la imposición de límites al poder que concentraba el monarca, a través de las leyes³⁰ que culminó con el establecimiento, por un lado, de las Monarquías Constitucionales y por otro el surgimiento de los Estados de índole Republicana.

1.3. Consideraciones históricas de la corrupción en la Edad Moderna.

Ya en la Edad Moderna, con la instauración de los Estados Constitucionales, también cambió la organización política de los países, pues, la nueva relación jurídica entre administrador y administrado, trajo consigo cambios en la dogmática jurídica sobre todo en la forma de concebir el fenómeno de la corrupción³¹, ya que, para los juristas de esta época, la vinculaban con el abuso del poder por parte de un funcionario público en el ejercicio de su cargo, con la finalidad de beneficiarse en perjuicio del interés general.

²⁸ Romano Ruggiero, Op Cit, 272.

²⁹ Le Goff, Jacques, La Baja Edad Media, Editorial siglo XXI, 14° Edición, Buenos Aires Argentina, 2002, 226.

³⁰ Johnston, Michel, "Conflicto histórico y ascenso de las normas", El resurgimiento global de la democracia, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, México, 1996, Pág. 194.

³¹ Johnston, Michel, "Conflicto histórico y ascenso de las normas", El resurgimiento global de la democracia, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, México, 1996, Pág. 194.

Y es que, es oportuno recordar que el viejo régimen monárquico tenía serios problemas de legitimidad, pues, a pesar que se habían tomado medidas, de acuerdo a los historiadores la corrupción era: *“...rampante en todos los niveles del sistema burocrático, medidas que en 1700 prohibían rigurosamente «dar y recibir regalos», se reforzaron a finales de 1724 a causa del tráfico de cargos. Las luchas personales por el poder y el creciente terror a las acusaciones caracterizaban el ambiente en este Estado-Casa de la desconfianza, los sobornos y las adulaciones...”*(Sic)³².

Es por ello que, pensadores como Montesquieu al elaborar su teoría del Estado, afirmó que para evitar las prácticas corruptas de los gobernantes³³, se debía imponer restricciones al Poder Ejecutivo³⁴ el cual en su concepción es ejercido por un jefe de Estado y/o de gobierno³⁵, y que es ejecutado por medio de sus funcionarios. Otro pensador que trato sobre esta problemática fue Juan Jacobo Rousseau, quien planteó la necesidad de crear un contrato social³⁶ mediante el cual se delimitaban las competencias de los regidores en el que hacer de la cosa pública.

De ahí que, las teorías de estos y otros pensadores de esta época tuvo como punto culmine la instauración del principio de legalidad de la administración pública³⁷, mediante el cual las actuaciones de los poderes públicos quedaban descritas, determinadas y limitadas por las normas del ordenamiento jurídico del Estado que las promulgo, lo anterior ha permitido desarrollar un conjunto

³² Barudio, Günter, “La Época del Absolutismo y la Ilustración (1648 y 1779), Editorial siglo XXI, 11° Edición, Distrito Federal, México, 1983, Pág. 162.

³³ Montesquieu, “Del Espíritu de las Leyes”, Madrid, España, 1987, Pág. 19.

³⁴ Rousseau, Juan Jacobo, “El Contrato Social”, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, Distrito federal, México, 1975, Pág. 30.

³⁵ Rousseau, Juan Jacobo, Óp. Cit. Pág. 31.

³⁶ Rousseau, Juan Jacobo, Óp. Cit. Pág. 32.

³⁷ Ayala Muñoz, José María, Manual de la Justicia Administrativa, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2003, Pág. 21.

de disposiciones institucionales³⁸ para minimizar las prácticas corruptas en los entes estatales.

1.4. Consideraciones históricas de la corrupción en Latinoamérica

Como es bien sabido, previo a la conquista de América, eran los pueblos originarios quienes habitaban lo que actualmente se conoce como Latinoamérica que abarcaba desde México hasta la Argentina, dichas personas tenían su propia forma de organización política, sin embargo, los registros históricos de dichos pobladores fueron destruidos durante el periodo de la invasión, por ello, en materia de corrupción no se han realizado mayores estudios, pues, únicamente se cuenta con los registros a partir del periodo colonial, de ahí que los historiadores convergen en mencionar que al hablar de corrupción en el mundo hispano colonial debe entenderse como el “...conjunto de prácticas o actos por los que un oficio o institución de gobierno, justicia y hacienda se utilizaba para beneficio particular, perjudicando el bien común (los intereses del rey y los vasallos) y transgrediendo los límites tolerados para los sistemas clientelistas...”³⁹ lo anterior, se debe a la disminución de la tolerancia en las prácticas que realizaban los conquistadores por ser incorrectas a tal grado que se creó legislación tendiente a proscribirlas.

En ese sentido, los historiadores consideran que si una acción de ese periodo debe juzgarse como corrupta, se tendría que evaluar la percepción que se tenía de la misma, lo que se esperaba del funcionario o institución y

³⁸ Laporta, Francisco J., “La Corrupción Política”, Alianza Editorial, Madrid, España, 1997, Pág. 20.

³⁹ Juan Carlos De Orellana Sánchez “Historia de la corrupción en el imperio español”, Revista Historia Y MEMORIA No. 19, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Boyacá, Colombia, 2019, Pág. 15.

el marco normativo vigente en el momento; y es que, como se ha mencionado anteriormente, durante este periodo hubieron practicas no éticas que tuvieron que prohibirse por ser en alguno casos crueles, ejemplo de lo anterior era la institución jurídica conocida como “Mita” siendo este un mecanismo para regular la libertad de los pueblos originarios y la producción agrícola con la finalidad siguiente: *“...en virtud de la cual los indios de las distintas comarcas que vivían libremente dentro siempre de un régimen de tutela y sin más obligaciones pecuniarias que el pago del tributo, estaban además obligados a trabajar un número determinado de días al año -15- en la mita de servicios domésticos...”*⁴⁰.

En ese mismo sentido, otros autores mencionan que en el siglo XVII en los cabildos de las Indias de Potosí, Loja, Puebla y Lima, se realizaron acusaciones de corrupción por los excesos de los virreyes y sus criados, y es que, no se debe olvidar que la organización institucional en las llamadas “Indias”, la relación con el monarca y sus derechos, la permanencia en el cargo de los peninsulares durante mucho tiempo, el grado de autonomía de las instituciones indianas, las redes de patronazgo y la distancia del monarca, crearon las condiciones que posibilitaron las prácticas corruptas, pues, era nula la severidad de la justicia, ya que, no había condenas por estas actuaciones ilícitas, ejemplo de lo anterior, es la acusación que hizo el virrey de la Nueva España en 1697, por fraude a la real hacienda que su puestamente había cometido el funcionario del Correo Mayor⁴¹, puesto que este empleado realizó una mala gestión de la distribución de la

⁴⁰ Napoleón Rodríguez Ruiz, Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas, (Sección de publicaciones Corte Suprema de Justicia, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, 2006), 94.

⁴¹ Juan Carlos De Orellana Sánchez “Historia de la corrupción en el imperio español”, Revista Historia Y MEMORIA No. 19, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Boyacá, Colombia, 2019, Pág. 20.

documentación en el virreinato, y es que, según los documentos se alegó la alteración de las cuentas de los costos de operación de la gestión del correo. Lo interesante de este caso, es la denuncia que se realizó por una supuesta malversación de fondos en dicha institución y que tuvo repercusiones tanto en México como en Madrid, sin embargo, los resultados de la investigación dieron como resultado la insuficiencia de pruebas para condenar al funcionario encargado de dicha institución.

1.5 Aspectos históricos de la corrupción en El Salvador

1.6. Regulación histórica en materia constitucional sobre la corrupción en El Salvador

Con el final del dominio español, llegó el proceso de independencia de América, lo cual trajo consigo nuevos cambios en el derecho, por lo que, para regular las nuevas relaciones sociales, cada Estado creó leyes supremas, en ese contexto en nuestro país se promulgaron varias constituciones que si bien en ninguna se ha señalado concretamente el tema de la corrupción, pero si ha tratado sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Es así que, la Constitución de 1841 fue la primera que legitimó el nuevo orden de El Salvador, y de su texto hay disposiciones que hacen referencia a conductas prohibidas dentro de la administración pública, pues, en el Art. 50 determinaba que los Magistrados serían responsables, si estos cometían cohecho y soborno, además los Arts. 45 y 55 establecían que los funcionarios públicos serían procesados por cometer el delito de malversación o abuso en el ejercicio de su cargo.

En cuanto a la Constitución de 1864, los Arts. 67 al 69 establecían la responsabilidad de los funcionarios públicos por delitos cometidos en la Administración Pública. En la Constitución de 1871, en el Art. 75 establecía la responsabilidad de los consejos municipales por fraude o malversación que cometieran, además los Arts. 90 al 92 establecían la responsabilidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus actividades. En ese mismo sentido, la Constitución de 1872 contenía dicha regulación en cuanto a la responsabilidad de los funcionarios públicos, pero en los Arts. 125 al 133. En igual sentido, la Constitución de 1880 estableció dicha regulación en los Arts. 120 al 128.

Un dato interesante es la Constitución de 1883, pues instituyó la acción popular cuando un Magistrado o Juez cometiera prevaricación o cohecho, pero mantuvo el sistema de responsabilidad de los funcionarios públicos en los Arts. 125 al 132. Vale la pena mencionar que los Arts. 2084 y 2085 del C. C., permiten ejercer la acción popular en todos los casos de daños por imprudencia o negligencia de alguien que amenace a personas indeterminadas.

En la Constitución de 1886 la responsabilidad de los funcionarios públicos estaba regulada en los Arts. 138 al 147, además estableció cambio en los procedimientos para juzgarlos. En cuanto a la Constitución de 1939, reguló la responsabilidad de los funcionarios públicos en los Arts. 176 al 187. En la Constitución de 1945, se estableció la responsabilidad de los funcionarios públicos en los Arts. 161 al 170.

La Constitución de 1950 estableció la responsabilidad de los funcionarios públicos en los Art. 211 al 220. En cuanto a la Constitución de 1962 estableció la responsabilidad de los funcionarios públicos en los Arts. 210 al

219 y finalmente, la Constitución de 1983 actualmente vigente instauro este régimen en los Arts. 235 al 245.

1.7. Regulación histórica en materia penal sobre la corrupción en El Salvador

De acuerdo a los archivos oficiales, el primer Código Penal fue promulgado el 13 de abril de 1826⁴², sobre este hecho el Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz, mencionaba que para su elaboración se retomó el Código Penal Español, decretado por las Cortes Españolas el día 8 de junio de 1822 y sancionado por el Rey de España el 9 de Julio de 1822, pero aclaraba que si bien mantenía la estructura de una legislación acorde al sistema penal español⁴³, pero se hicieron algunas modificaciones para ser aplicado en nuestro país.

En cuanto al catálogo de delitos que contenía, no aparece un título específico contra la administración pública y mucho menos un capítulo sobre corrupción, sin embargo, hay conductas puntuales que castiga dichos ilícitos, pues, en dicha ley encontramos Título 6° “...*De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos...*”, el cual estaba subdividido en 12 Capítulos, los cuales establecían una serie de conductas ilícitas, entre ellas, 1) la prevaricación de los funcionarios públicos, 2) el sobornos, 3) cohechos y regalos que se hagan a los que ejerzan algún empleo o cargo público, 4) el extravío, usurpación y malversación de caudales públicos, 5) las extorsiones y estafas cometidas por funcionarios público, 6) los funcionarios públicos que no cumplen las ordenes y leyes o

⁴² Menéndez, Isidro, “Recopilación 1821 a 1855 de las leyes del Salvador en Centro América: tomo I”, San Salvador, El Salvador, 1855, Pág. 333.

⁴³ Napoleón Rodríguez Ruiz, Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas, (Sección de publicaciones Corte Suprema de Justicia, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, 2006), 251.

impiden su ejecución, 7) los funcionarios públicos de mala conducta, y que tratan mal a sus inferiores y a las personas que tienen que acudir a ellos, 8) los funcionarios públicos que abusan de la autoridad o poder, que tengan por su empleo, para asuntos particulares, 9) los funcionarios públicos que anticipan o prolongan indebidamente sus funciones, o ejercen las que no les corresponden, 10) los funcionarios públicos omisos en perseguir a los delincuentes, 11) del mal actuar de los Tribunales y Jueces Eclesiásticos que hacen fuerza, 12) otros delitos y culpas de los funcionarios públicos, 13) cuando suministran, venden, compran o administran algunas cosas por cuenta del Gobierno. De lo anterior, se puede inferir que la mayoría de conductas están en dirección en castigar la corrupción en el sector público, no así en el sector privado, llama la atención el que se tipificara ciertas conductas de religiosos, pero esto se debe a que en este periodo histórico la iglesia y el Estado tenía una relación intrínseca.

El anterior ordenamiento fue derogado por el Código Penal de 1859⁴⁴, el cual estaba inspirado en el Código Penal de España de 1848⁴⁵, este fue creado mediante decreto del día veintitrés de agosto de mil ochocientos cincuenta nueve, por el General Gerardo Barrios, Senador encargado de la Presidencia de la República en aquel momento y refrendado por el Ministro Manuel Irungaray. Dicho cuerpo normativo estaba conformado por 3 libros, 14 títulos y 487 artículos. Dentro de su texto se encontraba el Título VII llamado “...*De los Delitos de los Empleados públicos en el Ejercicio de sus Cargos...*”, los cuales tenían relación con la prevaricación, la infidelidad de custodia de documentos, reincidencia y desobediencia, cohecho, malversación, fraudes,

⁴⁴ Código Penal de 1859, Imprenta el Cometa, San Salvador, El Salvador, 1959, Pág. 44

⁴⁵ Napoleón Rodríguez Ruiz, Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas, (Sección de publicaciones Corte Suprema de Justicia, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, 2006), 251.

negociaciones prohibidas. De ahí que, la normativa creada estaba direccionada a castigar al funcionario público. Sin embargo, no encontramos alguna consideración específica respecto a la corrupción privada.

Pasaron las décadas hasta la aprobación del Código Penal de 1881 que era una adaptación del Código Penal Español de 1870⁴⁶, esta ley regulaba los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, el cual contenía, la prevaricación, la infidelidad de custodia de documentos, cohecho, la malversación de caudales públicos, sin embargo, nuevamente no figura corrupción en el mundo de los negocios. Cabe agregar que mediante Decreto Ejecutivo de fecha 3 de abril de 1882 y publicado en el Diario Oficial, No. 81, Tomo No. 12 del día 20 de abril de 1882, se promulgo el Código de Instrucción Criminal el cual contenía el Título XX denominado: “...*De la responsabilidad de los funcionario judiciales por falta o delitos cometidos en ejerció de sus cargos y modo de hacer efectiva...*”, el cual era para judicializar esta clase de procesos penales.

El cuarto Código Penal que tuvo el Salvador es el de 1904⁴⁷, el cual contenía el Título VII denominado: “...*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargo...*”, siendo los ilícitos contemplados el de prevaricación, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos, desobediencia y denegación de auxilio, anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas, usurpación de atribuciones, nombramientos ilegales, Cohecho, Malversación de caudales Públicos, Fraudes y

⁴⁶ Napoleón Rodríguez Ruiz, Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas, (Sección de publicaciones Corte Suprema de Justicia, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, 2006), 252.

⁴⁷ Ministerio de Justicia, Recopilación “Constitución Política y Códigos de la República de El Salvador”, Dirección General de Publicaciones del Ministerio de Educación, San Salvador, El Salvador, 1967, Pág. 1099.

Exacciones ilegales, pero nuevamente no contiene algún delito de soborno en el sector privado.

En cuanto al Código Penal de 1973, el cual fue aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Decreto No. 270 de fecha 13 de febrero de 1973 y Publicado en el Diario Oficial No. 63, Tomo No. 238, de fecha 30 de marzo de 1973, estableció el Título III, denominado: “...*Delito Contra la Administración de Justicia...*” y el Capítulo I trataba sobre los delitos cometidos por funcionarios y empleados públicos, de ahí que en la Sección Primera contenía los tipos siguiente: abusos de autoridad, los actos arbitrarios, Incumplimiento de deberes, abandono de funciones, anticipación y prolongación de funciones públicas, pero llama la atención que en la Sección Segunda este contemplada como acápite denominado: “...*Corrupción de Funcionarios y Empleados Públicos...*”, siendo el primer delito el de Peculado, prosigue el Peculado por Culpa, Concusión, Negociaciones Ilícitas, Exacción, Cohecho Pasivo, Cohecho Pasivo Impropio, Malversación, Enriquecimiento Ilícito, Infidelidad en la Custodia de Registro o Documentos Públicos, Abusos Contra la Honestidad, por otra parte, se instauró una Sección Tercera, relativa a los delitos cometidos por particulares contra la administración pública, destacando el Cohecho Activo, Simulación de Influencia, Usurpación de Funciones Públicas, Atentados, Resistencia, Desobediencia, Desacato, Perturbación en los Lugares en que se Ejercen Funciones Públicas y finalmente, el menos preciso a las instituciones públicas. De lo apuntado, si bien este código fue un avance legislativo por retomar las nuevas figuras de la dogmática penal en ese momento, en específico a los ilícitos de corrupción que cometen los funcionarios, empleados públicos y particulares, todavía no había una regulación en específico sobre corrupción en el sector privado.

Finalmente, el actual Código Penal de El Salvador, fue aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Decreto Legislativo No. 1030 de fecha 30 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo No. 335 de fecha 10 de junio de 1997, tanto en su exposición de motivos como en sus considerandos, el legislador penal quería dejar en claro que se necesitaba una nueva normativa más acorde a los avances de la Ciencia Penal, por lo anterior, era necesario por un lado, despenalizar conductas que no causaran daño o pusiera en peligro los bienes jurídicos tutelados en la Constitución y por otro, reaccionar ante la vulneración de los bienes que esta ley tutelarían, fue así que, se crearon nuevos ilícitos para penalizar a los infractores que dañen el orden socioeconómico o realicen actos de corrupción y sobre este último, si bien nos referiremos a dichos artículos más adelante, es oportuno mencionar que algunas conductas de los particulares fueron despenalizadas como el Monopolio, pero otras fueron introducidas como el Fraude Deportivo y el Soborno Transnacional, no obstante a la fecha no se ha introducido un artículo específico que regule la corrupción en el sector privado.

1.8. Casos históricos de corrupción que se han dado en El Salvador

Al estudiar los orígenes de la corrupción en El Salvador, nuestro país ha tenido una poca producción sobre el tema, sin embargo, historiadores como Carlos Cañas Dinarte, sostienen que este mal tiene su origen en varios factores, entre algunos ellos están los problemas externos que tenía España con otras potencias europeas, la falta de un control efectivo de los funcionarios que administraban los territorios latinoamericanos, el

contrabando de mercadería, la poca tributación pública y mala retribución a los servidores públicos⁴⁸.

Tal situación propicio las condiciones para que se dieran ilícitos como el abuso de funciones, desvíos de fondos, malversaciones, enriquecimientos ilícitos, nepotismos, tráfico de influencias, pago de comisiones, entre otras actividades prohibidas de bagatela como que los gendarmes no clausuraran fábricas clandestinas de licor, la tolerancia de los ayuntamiento de los casa de lenocinio y la falta de enjuiciamiento por parte de los jueces.

Ahora bien, vale la pena aclarar que la corrupción no solamente afectaba los estratos bajo de la población salvadoreña si no que se cometían en los círculos privilegiados, pues, las familias que tenían poder económico podían acceder a los estudios superiores y agregado a que también contaban con influencia política, lo anterior les permitía colocarse en el aparato burocrático, ejemplo de lo anterior fue Bartolomé de la Torre y Trassierra⁴⁹, alcalde mayor de la ciudad de San Salvador que en el año de 1757, compró dicho puesto por 4,600 pesos, dicha persona monopolizo la mano de obrar y el comercio de algodón y añil, sin embargo, dicho funcionario fue denunciado ante la audiencia de la Ciudad de Guatemala, quien lo suspendió de su cargo en el año de 1759.

Con el Acta de Independencia de Centro América del 15 de septiembre de 1821, comenzó un proceso de reacomodo administrativo de las distintas provincias de este istmo, pues, los distintos sectores políticos tenían distintas pretensiones, por un lado pretendían anexarse a México, pero cuando no se

⁴⁸ Cañas Dinarte, Carlos, "Los Orígenes de la Corrupción en El Salvador," Diario El Mundo, año LII, No. 15,086, 23/11/2019, San Salvador, El Salvador, Pág. 6.

⁴⁹ Ministerio de Educación, Historia 1 de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2009, Pág. 84.

logró dicho objetivo, varios optaron en diferentes periodos por crear una Federación pero para lograr esta finalidad, las capas política necesitaban recursos, es así que, de acuerdo a citado Cañas Dinarte, el 31 de agosto de 1832, bajo el gobierno del General Francisco Morazán, se emitió un decreto para evitar la corrupción pública al establecer que: “...*el Jefe del Estado, o el que haga sus veces, no podrá recibir de ninguna autoridad ni persona particular emolumentos o dádivas de ninguna especie...*”(Sic)⁵⁰. Además, se crearon canales para que las personas denunciaran estos hechos.

Posteriormente, al desintegrarse la federación, el Estado Salvadoreño creó su propio cuerpo normativo para dar respuesta a los diferentes conflictos sociales que se generarían en la incipiente República y tal como se mencionó en párrafos anterior, se promulgo la Constitución de 1841 y posteriormente se creó la primera codificación de leyes en materia Constitucional, Civil, Tributario y Penal. Consecuentemente, se crearon los Juzgados de Hacienda y Criminales.

En ese sentido, si bien se realizaron varias acusaciones de corrupción entre las diferentes agrupaciones políticas que existieron en el siglo XIX en nuestro país. Lo cierto es que efectivamente se cometieron varias actuaciones inadecuadas como el despojo de las pocas tierras de las poblaciones indígenas, así como el sometimiento de los pueblos originarios de Cuscatlán a condiciones precaria, las cuales trajeron consigo diferentes levantamientos que fueron reprimidos cruelmente.

⁵⁰ Cañas Dinarte, Carlos, “Una lucha constante: los afanes federales y salvadoreños en contra de la corrupción (1830-1870)”, Diario El Mundo, año LII, No. 15,093, 02/12/2019, San Salvador, El Salvador, Pág. 4.

Por otra parte, historiados como Cañas Dinarte, traen a colación un caso de corrupción pública muy famosos y que dio lugar a especular el complot para quemar el primer palacio nacional el día 20 de noviembre de 1889⁵¹ y es que, en dicho lugar funcionaba varias dependencias estatales incluyendo la Corte Suprema de Justicia, juzgados y su archivo, es así que, dentro de la causas se encontraba el proceso contra el expresidente Dr. Rafael Zaldívar, a quien durante sus años en el gobierno (1876-1885) se le acusaba de haberse apropiado de una cifra calculada en dos millones y medio de pesos del erario nacional. Sobre lo anterior, no se encontró culpables de la quema del edificio y el proceso contra el ex gobernante se paralizó hasta que en el periodo del General Rafael Antonio Gutiérrez, se otorgó la gracia del perdón.

Ahora bien, se podrían analizar distintos casos de corrupción pública durante el Siglo XIX y XX, como es el uso indebido de los caudales públicos que se obtuvieron por el impuesto al Café⁵², la especulación en la compra y venta de bienes⁵³, las distintas acusaciones que hacían los movimientos sociales contra los gobernantes militares⁵⁴, y más recientemente las malas actuaciones de las instituciones estatales por la penetración del crimen organizado⁵⁵. No obstante lo anterior, en el presente trabajo nos centraremos en la última década, los cuales serán analizados más ampliamente en el desarrollo de esta investigación, pero que quedaran señala continuación:

⁵¹ Cañas Dinarte, Carlos, “La corrupción que quemó al primer Palacio Nacional de El Salvador, Diario El Mundo, año LII, No. 15,099, 09/12/2019, San Salvador, El Salvador, Pág.11.

⁵² Ministerio de Educación, Historia 2 de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2009, Pág. 15.

⁵³ Ídem. Pág. 17.

⁵⁴ Ídem. Pág. 151.

⁵⁵ Ídem. Pág. 258.

Uno caso muy famoso que paradójicamente se ventilo vía administrativa fue la sanción que se le impuso a Molinos de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable (MOLSA) y HARISA, S.A. de C.V., (HARINA), debido a que dichas empresas hasta el 2008, se habían repartido la totalidad del mercado de harinas de El Salvador, evitando que se creara competencia que a final de cuentas perjudicaron a los salvadoreños, por el encarecimiento de los productos derivados de esta materia prima. Otro caso fue el de La Sociedad Baterías de El Salvador, S.A. de C.V., pues dicha empresa desde el año de 1995, contaminó el Cantón y Caserío Sitio del Niño y sus alrededores del municipio de San Juan Ópico, departamento de La Libertad, en el cual, si bien se ha sancionado a tres trabajadores de la empresa, no así a los socios y fundadores. Siguiendo con la línea de casos donde confluyen funcionarios públicos y particulares está el ocurrido desde el día 01 de junio del año 2004 al 31 de mayo del año 2009; donde el ex Presidente de República el señor Elías Antonio Saca González, junto a sus funcionarios y empleados realizaron operaciones de ocultamiento y transformación de capitales que fueron a parar a empresas privadas e institutos políticos. Finalmente, tenemos el caso CEL- ENEL donde las personas que participaron en la defraudación pública, ninguno fue condenado.

1.9. Evolución en la dogmática penal internacional Europea sobre la corrupción en el sector privado.

Al haberse globalizado la economía mundial, tal acción complejizo las relaciones comerciales y de la misma manera propicio el surgimiento de un nuevo tipo de delincuencia que ganaría influencias negativas en el comercio mundial, por ello, la comunidad internacional en los últimos años se ha visto

en la necesidad de crear nuevos instrumentos internacionales⁵⁶ que permitan el combate a la corrupción y en especial a la que se da en el sector privado.

De ahí que, en diciembre de 1998, el Consejo Europeo elaboró un plan denominado Acción Común que sugería a los Estados miembros de la UE a la elaboración de normativas y planes -en el plazo de un año- para la prevención y sanciones de conductas respecto a la delincuencia en el sector privado⁵⁷, la cual debería estar incorporada en los ordenamientos jurídicos internos y en políticas de las instituciones encargadas de vigilar y controlar la actividad económica.

Dicha directriz de realizar acciones encaminadas para regular de manera adecuada las conductas ilícitas en el ámbito de los negocios privados fue recalcada por la Unión Europea, con la promulgación del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo Europeo⁵⁸ del 27 de enero de 1999, el cual recomienda sancionar dos conductas puntuales, la primera en el artículo 7 que regula la corrupción activa, en cuanto a la segunda en el artículo 8 que establece la corrupción en su modalidad pasiva que se da en el ámbito de los particulares, de ahí que, dichas normativas han servido de ejemplo para que los distintos miembros de la Unión Europea procedan a incorporar a sus códigos penales estos delitos.

⁵⁶ Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, "La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?", Madrid, España, 2002, Pág. 258.

⁵⁷ Acción Común del Consejo de la Unión Europea del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado, se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998F0742&from=ES>, consultado el día 17/07/2017 a las 20:00 horas.

⁵⁸ Convenio Penal sobre la corrupción del consejo Europeo, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135, consultado el día 17/07/2017 a las 19:51 horas.

1.10. Evolución en la dogmática penal internacional sobre la corrupción privada en Latinoamérica.

El sistema americano, si bien cuenta con la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita el 26 de marzo de 1996⁵⁹, en la ciudad de Caracas, República de Venezuela, esta tiene un alcance limitado respecto al actuar delincencial del sector privado, pues, en los artículos VIII y IX. b., el primero se limita al soborno internacional, es decir, cuando una empresa entrega una gratificación a un funcionario público, para que este realice una acción contraria a sus deberes, para beneficio del ente privado. El segundo artículo busca evitar que el funcionario público en claro abuso de la investidura de su cargo, se aproveche de una empresa al solicitarle alguna clase de emolumento.

No obstante lo anterior, el Sistema de Integración Centroamericana, cuenta con un instrumento propio y es que el Art. 5 del Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica⁶⁰ el cual fue suscrita en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995, por el Doctor Armando Calderón Sol, expresidente de El Salvador y ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Decreto Legislativo No. 947 de fecha 22 de enero de 1997 y publicada en el Diario Oficial No. 31, Tomo 334, del 17 de febrero de 1997, reconoce la necesidad de combatir la corrupción privada, puesto que esta constituye una amenaza para la región.

⁵⁹ Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de Estados Americanos, suscrita el 26 de marzo de 1996, Ratificada mediante Decreto Legislativo No. 351 de fecha el 9 de julio de mil 1998, publicada en el Diario Oficial No. 150, Tomo340, del 17 de agosto de 1998.

⁶⁰ Consultado en https://www.sica.int/documentos/tratado-marco-de-seguridad-democratica-en-centroamerica_1_110795.html, a las 18:45 minutos del día 8 de marzo de 2020, Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, Sistema de la Integración Centroamericana, suscrita en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995.

Por lo anterior, establece como obligación para los Estados miembros del tratado, hacer las acciones pertinentes para crear programas y armonizar la legislación interna, con la finalidad de combatir esta clase de criminalidad que puede dañar el ordenamiento socioeconómico, la competencia leal, a los actores principales del mercado y en especial a la ciudadanía, pues, ante la falta de regulación se podría distorsionar el mercado sobre todo en la producción y venta de bienes y servicios.

1.11. Diferencias y relaciones de la corrupción en el ámbito público y privado.

Después de analizar la evolución del concepto y definición de corrupción hasta la edad moderna, se puede mencionar que dicho fenómeno ha adquirido dimensiones complejísimas a tal grado que en la actual edad contemporánea se puede dividir en dos grandes grupos, estos son, las que se dan en el ámbito del sector público y las que se generan en la relaciones de los particulares.

De ahí que, al hablar de corrupción en la administración pública tal como se ha venido mencionado en los párrafos anteriores, a modo de síntesis se puede decir que contiene dos elementos principales⁶¹, el primero gira entorno a la cualidad de la personas que realiza el acto ilícito, pues, este recae en autoridad, funcionario o servidor público que realiza una acción u omisión que es contraria a sus funciones legales (desviación del poder conferido por elección popular o por nombramiento), el segundo componente, es el beneficio que percibe, el cual es de carácter personal al obtener un bien

⁶¹ De Vicente Martínez, Rosario, "Corrupción, funcionario público y medio ambiente", Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006, Pág. 28.

mueble o inmueble que puede ser cuantificable económicamente o de cualquier otra índole (promesa, ventaja, promoción entre otros), o simplemente para beneficiar a un tercero, pero que en definitiva perjudica tanto a la administración pública como a la colectividad, al desviar los recursos que se le habían confiado.

En cuanto a la corrupción en el sector privado si bien los sujetos son diferentes, pues, esta condición recae en los particulares, pero más importante aún es que este tipo de conductas tienen como finalidad conseguir un favorecimiento o ventaja indebida en el ámbito de los negocios⁶² en detrimento (para cierto sector de la doctrina) de la libre competencia (competencia leal) y (para otros sectores) el orden económico (dichos aspectos que serán desarrollados más ampliamente en el presente trabajo).

En cuanto a las relaciones que tienen ambas conductas, en la doctrina se menciona que: “...*Toda corrupción pública ha de tener su correspondencia en el ámbito privado...*”⁶³, a tal grado que algunos sostienen que: “...*ya no existe diferencia ontológica entre ambos tipos de corrupción...*”⁶⁴, y es que, con el creciente fenómeno de la privatización en el sector público⁶⁵, los servicios estatales han sido concesionados a las sociedades mercantiles nacionales e

⁶² Berenguer Pascual, Sergio, “La Integración Europea en la Lucha Contra La Corrupción Privada en torno a la Cuestión del Interés Jurídico Penalmente Protegido”, Revista de Estudios Europeos Nº 71, junio, 2018, 56.

⁶³ Bautista, Oscar Diego, “La ética y la corrupción en la política y la Administración pública”, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, España, 2006. Pág. 52.

⁶⁴ Pilar Otero Gonzales lo menciona al estudiar el Modelo omnicompreensivo de Suecia. Gonzales, Pilar Otero, Corrupción entre particulares (Delito de), Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 3, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid España, 2013, Pág. 178.

⁶⁵ Gómez- Jara Díez, Carlos, “Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal? icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, Nº 74, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 2008, Pág. 232.

internacionales, muestra de ello, es que El Salvador mediante Decreto Legislativo No. 379 aprobada en fecha 4 de junio de 2013 y publicada en el Diario Oficial No. 102, Tomo No. 399, de fecha 5 de junio de 2013, cuenta con la Ley de Asocio Público y Privado y en su Art. 1 LAPP establece como objeto de dicha normativa establecer el marco jurídico para el desarrollo de proyectos de Asocio Público Privado para la provisión de infraestructura y de servicios públicos, asimismo el Art. 39 LAPP habilita en calidad de participantes de la licitación a las personas sean nacionales o internacionales. De ahí que, si bien el derecho penal ha reaccionado antes los ilícitos de los servidores públicos, de igual manera deberían hacer ante las acciones de los particulares.

Sin embargo, esto no ha sido así y se ve reflejado en el poco desarrollo normativo y hasta doctrinario en el ámbito penal que ha tenido este fenómeno y ha sido hasta el conocimiento de las grandes defraudaciones internacionales que los organismos internacionales y nacionales han actuado, de ahí que los casos más emblemáticos que se mencionan en la doctrina son WorldCom, Enron y Parmalat que se describirán a continuación:

1.11.1. El caso de corrupción por empresa dedicada al rubro de telecomunicaciones WorldCom

El caso WorldCom dicha compañía en sus inicios se dedicó al giro de las telecomunicaciones⁶⁶, de ahí que, por tener mayor capital que sus rivales, compraba a las empresa más débiles para extender su mercado, lo anterior

⁶⁶ Kaplan, Robert S. "Accounting Fraud at WorldCom (TN)." Harvard Business School Teaching Note 105-083, June 2005. El caso de LACC número 109-S04 es la versión en español, Pontificia Universidad de Javeriana, Bogotá, Colombia, 2015, Pág. 1.

generó un crecimiento y cultura corporativa desorganizada⁶⁷, en ese entorno los grandes directivos de la corporación anularon los controles internos para modificar los estados financieros a conveniencia para dar una apariencia de estabilidad en el mercado financiero y aunado a que la auditoría externa no reportaba movimientos inusuales⁶⁸ o fraudulentos, todo lo anterior tuvo como consecuencia que dicha entidad en fecha 21 de julio de 2002 se declarara en quiebra, lo que provocó la pérdida de 17.000 empleos, puso en peligro los servicios de telecomunicación de 20 millones de clientes particulares y de las entidades gubernamentales que habían contratado servicios con esta empresa.

1.11.2. El caso de corrupción por empresa dedicada al rubro energético ENRON

Otra compañía multilateral que realizó fraudes a gran escala, es el caso ENRON, dicha empresa inició sus operaciones como suministradora de gas, debido a la liberación del mercado energético en los Estados Unidos, pero dicho ente cambió su giro para convertirse en intermediario de materias primas⁶⁹, en razón de ello, al ir creciendo la entidad, también se complejizó su actuación lo cual requería mayor movimiento de capitales; por lo que, acudían a los préstamos bancarios para tener liquidez económica, en razón de ello, para evitar temores de las instituciones financieras respecto a las fuertes cantidades de dinero que habían prestado, estas le solicitaron que

⁶⁷ Kaplan, Robert S. "Accounting Fraud at WorldCom (TN)." Harvard Business School Teaching Note 105-083, June 2005. El caso de LACC número 109-S04 es la versión en español, Pontificia Universidad de Javeriana, Bogotá, Colombia, 2015, Pág. 3.

⁶⁸ Kaplan, Robert S. "Accounting Fraud at WorldCom (TN)." Harvard Business School Teaching Note 105-083, June 2005. El caso de LACC número 109-S04 es la versión en español, Pontificia Universidad de Javeriana, Bogotá, Colombia, 2015, Pág. 11.

⁶⁹ Peñalva Acedo, Fernando, "Por qué ha caído Enron y por qué va a desaparecer Andersen EE.UU.," Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresa, No. 59, Madrid, España, 2002, Pág. 6.

mantuviera una buena calificación crediticia y para lograrlo se introdujo en nuevos mercados como el de telecomunicación y tecnología que no estaban acorde a su giro económico, pero al no lograr los resultados esperados, los altos dirigentes decidieron modificar los balances contables para aparentar el crecimiento⁷⁰ y para ello se realizó una sofisticada ingeniería financiera, la cual estaba amparada por la ley debido a los vacíos legales en la normativa de dicho país.

Sin embargo, todo este entramado finalizó a consecuencia del estallido de la burbuja de internet a inicios de este siglo XXI, por lo que al decaer las cotizaciones de este rubro en la bolsa de valores, también bajaron las acciones de Enron, de ahí que al hacerse las respectivas auditorías a la entidad, esta tuvo que comunicar la pérdida en sus activos, lo cual trajo aparejado el retiro inmediato de los créditos que las instituciones crediticias habían otorgado.

Todo lo anterior, llevo al consejo directivo de la entidad a formalizar una solicitud judicial para suspender sus pago⁷¹, por lo que tal acción produjo en primer lugar, la pérdida de 20,000 puestos de trabajo, en segundo lugar la pérdida de los ahorros de jubilación de los exempleados, no obstante lo anterior, los altos directivos de Enron se enriquecieron con las ventas anticipadas de sus acciones.

⁷⁰ Peñalva Acedo, Fernando, "Por qué ha caído Enron y por qué va a desaparecer Andersen EE.UU.", Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresa, No. 59, Madrid, España, 2002, Pág. 7.

⁷¹ Peñalva Acedo, Fernando, "Por qué ha caído Enron y por qué va a desaparecer Andersen EE.UU.", Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresa, No. 59, Madrid, España, 2002, Pág. 8.

1.11.3. El caso de corrupción por empresa dedicada al rubro de alimentación PARMALAT

Otro caso emblemático esta vez en Europa, fue el ocurrido en la empresa multinacional denominada “Parmalat”, cuya matriz principal está inscrita en la República de Italia, esta entidad fundada en la década de los 60 del siglo pasado, inicio su giro en el mercado de los lácteos en dicho país⁷², no obstante a medida que iba creciendo, diversifico su rubro en el área de alimentación; por lo que, su mercado abarco el continente europeo y posteriormente el mundo.

Lo característico de esta entidad, era que los socios fundadores dominaban las acciones y puestos de dirección lo cual permitió diseñar mecanismos para desviar los activos de la empresa a favor de la familia Tanzi⁷³ y para lograrlo contrataron expertos en el área de contabilidad y del derecho quienes falsearon los balances contables, con la finalidad⁷⁴ de trasladar los capitales a paraísos fiscales.

Sin embargo, al destaparse el fraude que cometía esta empresa, dicha acción provocó la grave afectación en los mercados tanto europeos como internacionales, que perjudico a los accionistas (que no eran parte de la familia Tanzi), al ver reducido sus cotizaciones, además por la falta de liquides descubierta se tuvieron que tomar medidas drásticas como fue el

⁷² Rodríguez Arroyo, Antonio María, “El fraude contable de Parmalat”, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales No. 63, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 2004, Pág. 255.

⁷³ Muñoz Colomina, Clara Isabel, “Los Paralelismos del caso Enron y el Parmalat: del escándalo americano al Escandalo europeo”, Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresa No. 73, Madrid, España, 2005, Pág. 17.

⁷⁴ Rodríguez Arroyo, Antonio María, “El fraude contable de Parmalat”, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales No. 63, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 2004, Pág. 269.

despido de 15.000 empleados de la compañía con la finalidad de tener mayores recursos, pese a ello, el daño causado a la confianza en las empresas italianas ya está hecho lo cual dificultó conseguir inversión y financiamiento externo por los años subsiguientes.

De los tres casos de fraudes de empresas internacionales, se puede decir que tienen similitudes en el modus operandi, primeramente por que los sujetos planifican las acciones ilícitas -que según la criminología los clasifica como delincuentes de cuello blanco-, pues, estamos ante altos directivos (en los dos primeros casos) y los accionistas mayoritarios de la sociedad⁷⁵ (en el tercer caso), ya que, son personas calificadas en el mundo de los negocios o profesionales en el ámbito financiero quienes con la participación de los agentes contables internos y externos de la empresa, actúan contrario a las buenas prácticas comerciales, leyes y/o demás disposición, en tanto que anularon los controles de vigilancia, modifican los balances económicos de la entidad a su conveniencia, desvían los fondos para cuentas personales en entidades financieras nacionales y a los distintos paraísos fiscales⁷⁶, finalmente, tales acciones perjudicaron a las personas que laboraban en la empresa, así como a los particulares y entidades públicas a quienes les brindaban sus servicios.

⁷⁵ Bautista, Oscar Diego, "La ética y la corrupción en la política y la Administración pública", Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, España, 2006. Pág. 52.

⁷⁶ Muñoz Colomina, Clara Isabel, "Los Paralelismos del caso Enron y el Parmalat: del escándalo americano al Escandalo europeo, Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresa No. 73, Madrid, España, 2005, Pág. 16.

CAPITULO II

TRATAMIENTO DOCTRINAL AL CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

El presente capítulo se realiza consideración del fenómeno de la corrupción desde diferentes disciplinas científicas, posteriormente se estudia las teorías que sustentan la corrupción en el sector privada dentro del Derecho Penal Económico, su justificación, los modelos dogmáticos y finalmente, el perfil de las personas que cometen estos ilícitos.

2. Abordaje multidisciplinario del concepto y definición de corrupción.

Como se mencionó en el capítulo anterior, el concepto de corrupción tiene su origen en el vocablo latino "*corruptio*"⁷⁷, el cual era referido a la acción y efecto de destruir o alterar globalmente por putrefacción, también acción de dañar, sobornar o pervertir a alguien, dicha palabra está compuesto con el prefijo con- (junto, globalmente, como en consolidar, constitución, contaminación, este prefijo cambia a cor- por asimilación, cuando está junto una raíz que empieza con r-, como vemos en corrodentio y corroer, es asociado con la raíz indoeuropea Kom- (junto, cerca de), presente en el griego κοινός (koinos=común), de donde deriva koiné, cenobio, epiceno. En cuanto a la raíz del verbo rumpere (quebrar, partir, hacer pedazos, hacer estallar), que nos dio romper, roto, rupestre, entre otros, este verbo se relaciona con la raíz reup- (arrebatar o romper). El sufijo -tio (-ción) que indica acción y efecto como en capitulación, corporación y tribulación.

⁷⁷ De Miguel, D. Raimundo, "Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico, Imprenta de F. A. Brockhaus, Leipzig, Alemania, 1867, Pág. 238.

De ahí que, con el tiempo las diferentes disciplinas⁷⁸ de las ciencias sociales y otras áreas del conocimiento humano, han retomado dicho concepto para desarrollar su teoría y de esta manera entender esta problemática de acuerdo a su objeto de estudio. En razón de lo anterior, se esbozará brevemente la noción de corrupción según la Ciencia Política, la Sociología, la Ética, la Economía y finalmente el Derecho, así:

La Ciencia Política, al estudiar la definición de que se debe entender por corrupción, se refiera al: *“...responsable de un puesto público, con unas funciones y atribuciones definidas, es, por medios monetarios o de otra naturaleza, inducido a traicionar sus deberes y a actuar favoreciendo a quien proporciona el beneficio y, por ello, daña al público y a sus intereses...”* (Sic)⁷⁹.

De la anterior noción, se puede decir que retoma los aspectos clásicos de la corrupción centrada en el sector público, en cuanto a que dicha conducta ilícita debe ser realizada por un agente estatal, a quien se le ofrece una dádiva para realizar una acción diferente a sus funciones o políticas públicas, en perjuicio de la colectividad. De esta teorización, se le critica que quedarían excluidos otros sujetos como los particulares (empresarios).

Otro señalamiento que se le hace a dicha definición, es que se centra en la idea subjetiva del *“buen gobierno”*⁸⁰, es decir, que su actuar dependería de la norma objetiva, lo cual implicaría que el funcionario público eventualmente

⁷⁸ Villoria Mendieta, Manuel, “La Corrupción Política”, Editorial Síntesis, Madrid, España, 2006, Pág. 28.

⁷⁹ Villoria Mendieta, Manuel, “La Corrupción Política”, Editorial Síntesis, Madrid, España, 2006, Pág. 38.

⁸⁰ Villoria Mendieta, Manuel, Óp. Cit., Pág. 40.

podría favorecer el interés particular de algunos sectores, sobre el interés general, siempre que dicho servidor actué bajo el amparo de la ley.

Otra disciplina de las ciencias sociales que estudia la corrupción es la Sociología, al definirla como el: “...conjunto de conductas –aquellos abusos de poder para beneficio privado- que en el contexto histórico y social de cada país se considere como tales...”⁸¹. Desde esta formulación, se puede decir que los componentes para entender este fenómeno dependerán del entorno político, económico y social del Estado objeto de estudio. Sobre lo anterior, se critica a dicha noción que existirían varias definiciones de corrupción, las cuales dependerían del país o región que se estudie, verbigracia existiría una definición particular de corrupción en los países anglosajones y otra totalmente diferente para los Estados que su cultura jurídica es de origen latina como los países hispanoamericanos⁸².

No obstante lo anterior, algunos sociólogos con la finalidad de evitar la indeterminación del fenómeno, proponen hacer un concepto general y sub-clasificar el estudio de este problema en diferentes categorías⁸³, de tipo negras, grises y blancas⁸⁴, las primeras, es decir, 1) Negras: son el conjunto de acciones condenadas y consensadas, tanto por las elites poderosas como por los ciudadanos comunes del país correspondiente, 2) Las Grises: serían las acciones más reprochables para los sectores más relevantes y poderosos de un país; por lo que, al resto de la población se le impondrían los

⁸¹ Villoria Mendieta, Manuel, Óp. Cit., Pág. 41.

⁸² <http://lema.rae.es/dpd/?key=hispanoam%C3%A9rica>, (visto el 19/08/2019 a las 20:38 horas). Nombre que recibe el conjunto de países americanos de lengua española, Diccionario de Panhispánico de Dudas versión electrónica.

⁸³ Ribas Júnior, Salomão Antonio, tesis doctoral “Corrupción Pública y Privada Cuatro Aspectos: Ética en el Servidor Público, Contratos Financiación Electoral y Control, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2013, Pág. 65.

⁸⁴ Villoria Mendieta, Manuel, “La Corrupción Política”, Editorial Síntesis, Madrid, España, 2006, Pág. 42.

parámetros de conducta permitidos y prohibidos, y 3) Blancas: estas son las acciones no acorde a la sociedad, pero que son toleradas por la misma.

Siguiendo con el análisis de las disciplinas científicas, la Ética define este fenómeno como: “...*Actos corruptos serían aquellos que son contrarios a los postulados o principios de la teoría ética correspondiente, (...) serían aquellos abusos de poder para beneficio privado que atentan contra los principios, valores o virtudes propias de la teoría ética que se postule...*”⁸⁵. La anterior concepción, parte de la creación de valores universalmente aceptados por la sociedad en su conjunto. Sin embargo, la crítica que se le hace a este postulado gira en torno a cuáles deberían ser esos principios teleológicos⁸⁶ y/o deontológicos⁸⁷ a los que se debería acoger la humanidad.

Pese a esta discrepancia, los estudiosos de la axiología convergen en que los seres humanos deben desechar todo tipo de acciones reprochables⁸⁸, como el odio, la intolerancia, entre otras conductas inadecuadas y en contra posición la sociedad debe buscar mejores relaciones personales entre sus semejantes, las cuales debe partir del principio de dignidad humana⁸⁹, agregando además que dichas conductas deben estar contenidas en códigos

⁸⁵ Villoria Mendieta, Manuel, Óp. Cit., Pág. 44.

⁸⁶ Doctrina de las causas finales, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001, pág. 2148.

⁸⁷ En filosofía y lógica, ciencia o tratados de los deberes. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001, pág. 748.

⁸⁸ Villoria Mendieta, Manuel, Óp. Cit., Pág. 44.

⁸⁹ De acuerdo a la doctrina el Principio de Dignidad Humana: “...el ser humano es un fin en sí mismo por la dignidad que posee, de allí que nunca se le pueda concebir como un medio, sino siempre como un fin...”, Mata Tobar, Víctor Hugo, Diccionario Básico de los Derechos Humanos Internacionales, Talleres Gráficos UCA, La libertad, El Salvador, 2008, Pág. 28. Otra definición “...fundamento de todos los derechos humanos al reconocer (dignidad intrínseca) y (derechos iguales e inalienables a todos los miembros de la familia humana)...”. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, volumen I, primera edición, Madrid, España, 2017, Pág. 828.

de convivencia, que deben ser cumplidos por todos los miembros de una organización determinada.

En cuanto a la Ciencia Económica, en un primer momento caracterizó el fenómeno de la corrupción como: “...*un fenómeno natural y lógico...*”, por lo que: “...*cualquiera que ocupa un cargo en el que tenga poder y privilegios tenderá a abusar del mismo y a maximizar sus preferencias...*”, en ese orden de ideas: “...*un funcionario corrupto sería aquel que utiliza su cargo como un negocio, un negocio cuya cuenta de resultados busca maximizar; el volumen de sus ingresos depende de la situación del mercado y de su talento para encontrar el punto de máxima ganancia en la curva de la demanda del público...*”⁹⁰. De esta definición, se puede ver que el sujeto activo es un funcionario público, que se vale de su cargo, para hacer negocios personales y así mejorar su patrimonio, a través del mercado, cuando el producto o servicio que presta (por la pericia adquirida en su trabajo), sea solicitado de forma elevada por la población.

Sin embargo, los nuevos economistas se refieren a que: “...*la corrupción es vista como el abuso por parte del agente (funcionario o gerente de una empresa) de la posición que le encarga ocupar el principal (ciudadanía o accionistas), un abuso en el que se incumple la obligación fiduciaria de velar por el interés del principal en todas las acciones, poniendo por delante el interés propio del agente...*”⁹¹. De esta segunda definición, si bien retoman al funcionario público, se puede ver la introducción de un nuevo sujeto, pues, se entiende que los gerentes, presidentes, directores y algunos accionistas

⁹⁰ Villoria Mendieta, Manuel, Óp. Cit., Pág. 36

⁹¹ Villoria Mendieta, Manuel, Óp. Cit, Pág. 36.

de una sociedad o empresa⁹² cuando se auto benefician, pueden realizar prácticas corruptas en perjuicio de la sociedad mercantil de la cual ellos son parte o representan, así como de la población de un país en su conjunto.

Finalmente, los doctrinantes de la Ciencia Jurídica han elaborado diferentes acepciones sobre la definición general de corrupción, lo anterior es porque dicho fenómeno ha cambiado con el tiempo. No obstante, al estudiar su estructura, se mantienen sus categorías esenciales; por lo que, en el siguiente apartado se mencionara algunas de ellas, así:

Como se ha venido explicado al inicio de este apartado, es indudable que el fenómeno de la corrupción es una acción reprochable; por ello, no es extraño que en la Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana, la define como: “...acción y efecto de corromper o corromperse (...) Descomposición, desorganización de las partes de un todo...”⁹³, por su parte el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, la asemeja a: “...soborno, cohecho...”⁹⁴. En cuanto al Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición, en su cuarta acepción la define como: “...En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores...”⁹⁵. De estas ilustraciones, se han retomado tres puntos esenciales de este fenómeno, en la que un servidor público en claro abuso

⁹² Ribas Júnior, Salomão Antonio, tesis doctoral “Corrupción Pública y Privada Cuatro Aspectos: Ética en el Servidor Público, Contratos Financiación Electoral y Control, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2013, Pág. 59.

⁹³ Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo- Americana, Tomo XV, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1926, Pág. 982.

⁹⁴ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, 26° Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1998, Pág. 388.

⁹⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001, pág. 668.

de su cargo, realiza una actividad ilícita, la cual es contraria a sus funciones, en beneficio propio o de un tercero, en perjuicio de la colectividad.

Otra definición es la que establece el Diccionario de Derecho Penal, Irma Amuchategui, Universidad de Oxford, al caracterizar como: *“...Descomposición, que se traduce en prácticas antiéticas realizadas por particulares y servidores públicos, tan dañina y lamentablemente generalizada que obstruye la adecuada administración y procuración de justicia. (...) El ciudadano, muy acostumbrado a ella, al incumplir con un deber jurídico prefiere, a veces propicia u otorga dádivas que lo eximen del cumplimiento de ese deber...”*⁹⁶.

De esta última definición, se establece en un primer momento que la acción indebida la puede realizar un funcionario público y/o particular para entorpecer el buen funcionamiento de la administración pública y de justicia; en un segundo momento retoma la teoría generalizada de la corrupción, es decir, que al estar impregnada en la sociedad este ilícito, el ciudadano hace un análisis de costo y beneficio y determina que es mejor pagar a un sujeto (oficial o particular) para que realice una actividad fuera de sus funciones, pero que a final de cuentas le beneficia.

En cuanto al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, define la corrupción de forma general como: *“...comportamiento consistente en el soborno, ofrecimiento o promesa a otra persona que ostenta cargo público, o a persona privada, a los efectos de obtener ventajas o benéficos contrarios a*

⁹⁶ Amuchategui Requema, Irma G. y Villasana Díaz, Ignacio, Diccionario Jurídico temáticos Segunda serie de Derecho Penal, Volumen I, Oxford University Press, México, D.F., 2002, Pág. 37.

*la legalidad que sean de naturaleza defraudadora...*⁹⁷. La anterior formulación, se referiré a que un sujeto (corruptor), realiza una acción para sobornar a un funcionario, servidor o empleado público o persona particular (empresario, accionista o director), con el objetivo de lograr un beneficio personal, pero que dicho acto es ilegal y puede perjudicar a la colectividad.

2.1. Tratamiento doctrinal al concepto y definición de corrupción en el sector público.

En cuanto a las definiciones propias que ha elaborado la Ciencia Jurídica del concepto ***Corrupción en el Sector Público***, hay una variedad de autores que han englobado los distintos componentes y categorías que debe contener la misma, así:

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la corrupción pública como: “...*Soborno de autoridad o funcionario público que acepta o solicita dádiva o regalo de un tercero a cambio de proporcionar a este un beneficio o ventaja en el ámbito de las funciones que el sujeto activo desarrolla en la administración pública...*”⁹⁸. La anterior ilustración, está en consonancia con la teoría de corrupción en la administración pública, ya que, la acción típica es realizada por un funcionario estatal, que recibe o solicita un emolumento, para ejecutar una actuación diferente a sus funciones en beneficio propio o de un tercero.

En ese mismo orden de ideas, el Dr. Norberto de la Mata Barranco, citando la definición del Dr. Nieto García, menciona que: “...*la corrupción pública*

⁹⁷ Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, volumen I, primera edición, Madrid, España, 2017. Pág. 659.

⁹⁸ Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, volumen I, primera edición, Madrid, España, 2017, Pág. 659.

*empieza cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público -o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales- no se utiliza correctamente al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal...*⁹⁹. De la anterior definición, toman en cuenta que el centro de esta actividad ilícita es el abuso del poder, por parte de un funcionario público, con la finalidad de lograr un beneficio propio o de un tercero, en perjuicio de la colectividad.

Por su parte, el Dr. Manuel Villoria, menciona que una definición de corrupción pública debería contener: *“...toda acción u omisión realizada por un actor público que incumpla las normas jurídicas y viole las obligaciones del cargo, con abuso de posición y la finalidad de obtener beneficios privados personales o para un grupo del que forma parte el corrupto...”*¹⁰⁰, en ese orden de ideas, una definición para las ramas sancionatorias del derecho estaría comprendido por *“...aquellas acciones u omisiones, dolosas o culposas, que pudiendo ser constitutivas de una o varias infracciones delictivas, se realizan por autoridad o funcionario prevaleciéndose de su cargo, ya sea con miras a un injusto enriquecimiento o a la obtención de cualquier otro fin, siempre que por su trascendencia, incidan directa y gravemente en el buen orden y gobierno de la colectividad, con grave desprestigio de sus instituciones...”*¹⁰¹.

⁹⁹ De la Mata Barranco, Norberto Javier, “La Lucha Contra la Corrupción Policita”, “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, No. 8-01, Universidad de Granada, Granada, España, 2016, Pág. 5.

¹⁰⁰ Villoria, Manuel, “Corrupción Pública”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 5, septiembre 2013 – febrero 2014, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España, Pág. 160.

¹⁰¹ Villoria, Manuel, “Corrupción Pública”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 5, septiembre 2013 – febrero 2014, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España, Pág. 160.

De la anterior noción, queda claro que al hablarse del fenómeno de la corrupción en la administración pública, siempre tendrá a su base la acción ilícita de un funcionario, agente o servidor público que independientemente de su posición jerárquica, realiza actuaciones contrarias a sus funciones con la finalidad de beneficiarse así mismo o a un tercero, pero que con tales actos perjudica el buen funcionamiento de la administración pública y genera un perjuicio a la colectividad.

Finalmente, de las citadas definiciones, si bien recogen lo que la tradición jurídica ha tomado en cuenta para estudiar el fenómeno de la corrupción en el sector público. Sin embargo, parte de la doctrina en los últimos años han realizado señalamientos a dicha concepción y ha introducido nuevas categorías que a su consideración deberían estar incorporadas en las mismas.

Por lo anterior, la doctrina más reciente propone reformular la definición de corrupción, partiendo de que dicha acción ilícita es realizada por la conjunción de un corruptor y un corrompido quienes a su vez están vinculados a un sistema normativo¹⁰² relevante, es decir, un sistema general de conductas que regulan la convivencia social¹⁰³, la cual es aplicable tanto a servidores públicos como particulares¹⁰⁴, en virtud del papel social que desempeñan o la posición que ocupan en los deberes institucionales¹⁰⁵, las cuales están previamente delimitadas, por lo que, el sujeto activo al actuar desleal o fraudulentamente por intención propia o por la influencia de un tercero que mediante promesa, amenaza o por obtener un beneficio o

¹⁰² Laporta, Francisco J., "La Corrupción Política", Alianza Editorial, Madrid, España, 1997, Pág. 42.

¹⁰³ Laporta, Francisco J., Óp., Cit., Pág. 42.

¹⁰⁴ Laporta, Francisco J., Óp., Cit., Pág. 42.

¹⁰⁵ Laporta, Francisco J., Óp., Cit., Pág. 43.

ganancia¹⁰⁶ realiza una acción contraria al interés general al cual representa, deberá ser sancionado por el Estado.

2.2. Evolución dogmática del concepto y definición de corrupción en el sector privado en la sociedad contemporánea.

Como se ha venido sosteniendo en el acápite anterior, se han realizado esfuerzos en la dogmática penal para replantear el fenómeno de la corrupción, pues, es un hecho que ya no es exclusivo de la administración pública, puesto que dicha problemática incumbe a los particulares. De ahí que, los primeros estudios de este fenómeno en el sector privado, fueron realizados a principios del siglo XX¹⁰⁷, ya que, de acuerdo a los doctrinantes, en esta época los empresarios tuvieron una profunda preocupación debido a que las grandes corporaciones, realizaban acciones anticompetitivas que distorsionaban la libre competencia entre los mismos.

A consecuencia de lo anterior, Gran Bretaña elaboró una de las primeras normativas para combatir la corrupción privada conocida como la “Ley de Prevención de la Corrupción de 1906” (Prevention of Corruption Act 1906)¹⁰⁸, con la cual combatió este flagelo¹⁰⁹ al castigar las transacciones corruptas¹¹⁰

¹⁰⁶ Laporta, Francisco J., Óp., Cit., Pág. 45.

¹⁰⁷ Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?”, Madrid, España, 2002, Pág. 258.

¹⁰⁸ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/34/enacted> (consultado el día 24 de julio 2019 a las 17:54 horas).

¹⁰⁹ Actualmente la ley se encuentra derogado por la “Ley de Soborno de 2010” (Bribery Act 2010) Santana Vega, Dulce M. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, “El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (bribery act 2010), España, 2015, Pág. 2.

¹¹⁰ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf (consultado el día 24 de julio 2019 a las 17:58 horas).

cuando algún agente¹¹¹ aceptara u obtuviera, para sí mismo o para un tercero, cualquier obsequio o consideración como incentivo o recompensa por hacer o dejar de hacer, cualquier acto en relación con los asuntos o negocios de su director, o para mostrar o abstenerse de mostrar a favor o desacuerdo, a cualquier persona en relación con los asuntos o negocios de su director; Asimismo, se castigaba la conducta de una persona cuando ofreciera algún regalo o consideración a cualquier agente como incentivo o recompensa por hacer o dejar de hacer acto relacionado con los asuntos o negocios de su director, o por mostrar o abstenerse de mostrar favor o desfavorecer a cualquier persona en relación con los asuntos o negocios de su director.

Otra conducta que sancionaba la referida ley, era cuando alguna persona con conocimiento entregaba emolumento al agente, o si el agente lo usa con la intención de engañar a su principal¹¹², mediante recibo, cuenta u otro documento respecto del cual el principal está interesado o que este contuviera declaración falsa, errónea o defectuosa en cualquier material en particular y que a su entender tiene la intención de engañar al director.

La normativa citada, sirvió como referente para que en aquel entonces el Imperio Alemán (actualmente República Federal de Alemania) en el año de 1909 creara la “Ley contra la competencia desleal”¹¹³, la cual en su párrafo

¹¹¹ Para tal efecto la expresión "agente" incluye a cualquier persona empleada o que actúe para otro.

¹¹² Para tal efecto la expresión "principal" incluye un empleador.

¹¹³ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal), Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1909, Nr. 31, Seite 499–506 (Gaceta de Leyes del Reich Alemán Volumen 1909, No.31, páginas 499-506). En el siglo XX se introducen delitos contra la competencia en el Derecho penal del núcleo del StGB (Kernstrafrecht), específicamente en la Ley para la lucha contra la corrupción de 13 agosto de 1997 (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption) introdujo una nueva sección 26, bajo el título “Delitos contra la competencia”.

doce (§ 12)¹¹⁴ también buscaba erradicar estas prácticas corruptas¹¹⁵ al establecer como sanción que cualquier persona en una relación comercial ofrezca, prometa u otorga a un empedado o representante de negocios para favorecer a otro a través del comportamiento injusto del empleado o agente cuando compre o adquiera bienes o servicios¹¹⁶. De igual manera, se aplicaría esta sanción a los empleados o agentes de una empresa que en transacciones comerciales, exigieran alguna gratificación, promesa o aceptaran ganar algún favor, por una conducta contraria a sus labores a favor de un tercero en la adquisición de bienes o servicios¹¹⁷.

No obstante los anteriores antecedentes normativos, fue a finales del siglo XX, que esta temática tuvo un mayor apogeo a consecuencia de los procesos de privatización¹¹⁸ de los servicios estatales en las décadas de los

¹¹⁴ Bolea Bardon, Carolina, Universidad Pompeu Fabra, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, El delito de Corrupción Privada, Barcelona, España, 2013, Pág. 7.

¹¹⁵ En El Salvador fue hasta el 2004 que se promulgo la Ley de Competencia, mediante Decreto Legislativo No. 528, de fecha 26 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial No. 240, Tomo No. 365, de fecha 23 de diciembre de 2004.

¹¹⁶ En su versión original "...Mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark oder mit einer dieser Strafen wird, soweit nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt wird, bestraft, wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes dem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, um durch unlauteres Verhalten des Angestellten oder Beauftragten bei dem Bezüge von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Bevorzugung für sich oder einen Dritten zu erlangen...". Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal), Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1909, Nr. 31, Seite 499–506 (Gaceta de Leyes del Reich Alemán Volumen 1909, N ° 31, páginas 499-506).

¹¹⁷ En su versión original: "...Die gleiche Strafe trifft den Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs, der im geschäftlichen Verkehre Geschenke oder andere Vorteile fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, damit er durch unlauteres Verhalten einem anderen bei dem Bezuge von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb eine Bevorzugung verschaffe...". Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal), Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1909, Nr. 31, Seite 499–506 (Gaceta de Leyes del Reich Alemán Volumen 1909, N ° 31, páginas 499-506).

¹¹⁸ Privatizar implica transferir una empresa o actividad pública al sector privado. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001, pág. 1836.

años 60, 70 y 80¹¹⁹, lo cual significó un cambio paradigmático en la economía mundial, puesto que, se modificó el rol del Estado en la prestación de los servicios a los ciudadanos, ya que, se concesionó¹²⁰ a las empresas privadas dicha actividad, con el supuesto objetivo de potencializar el mercado nacional e internacional.

De esta nueva relación social y sobre todo jurídica, también surgieron problemas en el ámbito del derecho, una de estas dificultades se dio en lo concerniente a la tipificación penal, ya que, si un empleado privado actuaba de forma corrupta por el cometimiento de un soborno, este no podía ser sancionado penalmente con base a los delitos del capítulo de corrupción, puesto que, dichos ilícitos estaban contemplados en su mayoría para castigar comportamientos de los funcionarios, servidores y empleados a cualquier título del sector público.

De ahí que, ya en el siglo XXI, por un lado las elites de los países industrializados y por otro los diversos movimientos ciudadanos, han exigido a los Estados ser más transparentes en sus actuaciones, esto ha conllevado a la proliferación de diversos instrumentos multilaterales¹²¹ los cuales han servido para sancionar la corrupción en la administración pública.

Estos mismos sectores también han exigido a los Estados dar una mejor respuesta al fenómeno de la corrupción en el sector privado, ya que, a su

¹¹⁹ Petras James, Neoliberalismo en América Latina, editorial Homo Sapiens, Rosario, Argentina, 1997, pág.126.

¹²⁰ Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001, pág. 612.

¹²¹ Cerina, Giorgio, revista IUSTITIA, "La Comunidad Internacional y la Lucha Contra la Corrupción en el sector Privado", Salamanca, España, 2011, Pág. 102.

consideración deberían tener igual o mayor relevancia en tanto que esta problemática que se genera en el mundo de los negocios¹²², en ciertos casos es más grave que la misma corrupción en el ente estatal, debido a que dicha acción ilícita perjudica la libre competencia¹²³, creando así una distorsión en el mercado de bienes y servicios¹²⁴, generando con ello elevación en los costos e impide garantizar mayor producción¹²⁵; además, se crean prácticas anticompetitivas¹²⁶ que a la postre perjudican el orden socioeconómico y en concreto al ciudadano.

En ese marco, la dogmática penal en procura de una política criminal integral, ha estudiado este fenómeno desde el Derecho Penal Económico, de ahí que han surgido diversas ilustraciones de lo que se debe entender por corrupción en el sector privado¹²⁷; sin embargo, es oportuno aclarar que este debate se encuentra en desarrollo, ya que, todavía no hay consenso en cuanto al concepto, pues, se habla de corrupción entre particulares, soborno comercial, corrupción en los negocios, corrupción empresarial, corrupción privada y finalmente la que ha sido reconocida por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el Art. 12 como corrupción en el “*Sector Privado*”.

¹²² Argandoña, Antonio y Morel Berendson, Ricardo, “La Lucha Contra la Corrupción: Una Perspectiva Empresarial, Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo No. 4, Navarra, España, 2009, Pág. 12.

¹²³ Faraldo Cabana, Patricia, Estudio Penales y Criminológicos artículo titulado “Hacia un delito de Corrupción en el Sector Privado”, No. 23, Galicia, España, 2002, Pág. 71.

¹²⁴ Bolea Bardon, Carolina, Universidad Pompeu Fabra, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, El delito de Corrupción Privada, Barcelona, España, 2013, Pág. 7.

¹²⁵ López de Lemos, Ana Isabel Parés, “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, Pág. 38.

¹²⁶ Faraldo Cabana, Patricia, Estudio Penales y Criminológicos artículo titulado “Hacia un delito de Corrupción en el Sector Privado”, No. 23, Galicia, España, 2002, Pág. 71.

¹²⁷ Martínez-Buján Pérez, Carlos, Derecho Penal Económico y de la Empresa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2013, Pág. 188.

Asimismo, tampoco hay consenso sobre las categorías que deberían describir este fenómeno a tal grado que ni los mismos instrumentos internacionales¹²⁸ lo han delimitado; por lo que, a falta de certeza de una definición universal¹²⁹ se han tomado las decisiones de sancionar conductas puntuales. No obstante lo anterior, en el presente apartado se estudiara algunas de las definiciones más usadas en esta área de la dogmática, así:

Según la doctrinante Rosario de Vicente Martínez, menciona que: *“...El término “corrupción en el sector privado”, por el contrario posición al de “corrupción en el sector público”, sirve para describir distintos tipos de fraudes cometidos en el ámbito de las empresas por sus directivos, a través de artilugios contables, malas prácticas bursátiles, etc...”*(Sic)¹³⁰.

De esta primera definición, la jurista quiere dejar bien en claro la diferencia de una acción corrupta dentro de la función pública y la que se comete por los particulares en el ámbito de los negocios mercantiles, la cual se realiza por medios engañosos con apariencia de legítimos, siendo su finalidad encubrir un fraude que puede perjudicar bienes jurídicos individuales o colectivos.

De acuerdo al Dr. Fernando Carbajo Cascón, la corrupción en el sector privado es el *“...fruto de comportamientos desviados por parte de los centros de poder y decisión de las empresas privadas (administradores y cargos directivos laborales, como los apoderados, gerentes, directores generales o*

¹²⁸ Cerina, Giorgio, revista IUSTITIA, “La Comunidad Internacional y la Lucha Contra la Corrupción en el sector Privado”, Salamanca, España, 2011, Pág. 123.

¹²⁹ Transparency & Anti-Corruption, Documento Guía implementación de 10 principios contra la corrupción, Buenos Aires, Argentina, 2004, Pág. 5.

¹³⁰ De Vicente Martínez, Rosario, “Corrupción, funcionario público y medio ambiente”, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006, Pág. 30.

directores de área); empresas generalmente en forma de sociedad mercantil de capital (de ahí que en ocasiones se hable de corrupción corporativa), muchas de ellas grandes empresas con proyección pública (entidades y establecimientos financieros de crédito, empresas de servicios de inversión, sociedades cotizadas emisoras de valores, compañías de seguros y empresas concesionarias de obras y servicios públicos, entre otras)...”¹³¹.

De esta segunda aproximación, dicho doctrinante en un primer momento elabora una lista ejemplificativa de las personas físicas, quienes con poder de dirección y desviándose de la función por la cual fue creada la sociedad o empresa, proceden a realizar actos constitutivos de ilícitos corporativos para auto beneficiarse. También, especifica que esta clase de conductas son contrarias a la ética, tráfico comercial y ordenamiento jurídico, además que estas conductas ilícitas son realizadas dentro de las sociedades mercantiles de gran capital, pues, estas tienen influencias tanto en el ámbito Estatal como en el orden socioeconómico.

Por su parte, Miguel Ángel Encina del Pozo, establece que la corrupción en el sector privado: *“...ocurre cuando un directivo empleado tiene un poder o influencia en el ejercicio de una función, tarea o responsabilidad dentro de una organización o empresa privada, lo que le confiere una discrecionalidad en su actuación y actúa de forma contraria a los deberes y responsabilidades de su cargo o función; y, por tanto, con daño directo o indirecto para la*

¹³¹ Carbajo Cascón, Fernando, revista Iustiti No. 10, artículo “Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012, Pág. 286.

*empresa u organización y en beneficio propio o de otra persona, empresa o entidad...”*¹³².

De acuerdo al autor, dicha descripción del fenómeno abarcaría conductas amplias y variadas¹³³ del derecho penal que incuben a distintos bienes jurídicos. Sin embargo, aclara que tal noción debería limitarse y para ello propone que para combatir este fenómeno se debe tipificar la corrupción de los particulares cuando una persona que desarrolla su labor dentro de la empresa acepta o solicita una remuneración a cambio de realizar una actividad que no favorezca a la entidad que pertenece¹³⁴. La crítica a la definición citada gira en torno a que tal concepción deja por fuera otras conductas delictivas realizadas por los empresarios y sociedades mercantiles que a todas luces son reprochables y que deberían ser sancionadas por lesionar el orden económico y a la sociedad en general.

Según Javier Sánchez Bernal, citando a Zarzalejos menciona que: *“...se entiende que la corrupción privada consiste fundamentalmente en la apropiación indebida de recursos privados en las sociedades mercantiles mediante grandes operaciones de “ingeniería financiera” que se realiza aprovechando la ausencia de controles y la deficiencia en las distintas*

¹³² Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 66.

¹³³ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 66.

¹³⁴ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 66.

legislaciones que no se encuentran adaptadas a las complejas relaciones económicas de la actualidad...”¹³⁵.

De esta definición se puede decir que el autor señala que una persona ha desviado recursos de una sociedad mercantil a través de operaciones contables, por la falta de controles institucionales y de regulación nacional sobre la materia. De lo anterior, es oportuno mencionar que, si bien esta aseveración se limita únicamente al perjuicio realizado a la persona jurídica, pero pone de manifiesto que la falta de leyes especiales sobre esta área, generan las condiciones para que se realicen estas prácticas fraudulentas en las relaciones que se dan en las sociedades mercantiles de capital, o de cualquier otra naturaleza.

La última definición es la que aporta el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, pues, se define la corrupción privada de la siguiente manera: “...*Soborno en el ámbito de los negocios entre particulares, dirigido a obtener o proporcionar beneficio o ventaja no justificada en dicho negocio...*”¹³⁶. De esta ilustración, los enciclopédicos únicamente circunscriben la práctica corruptiva a la dádiva que un particular da a otro con la condición de hacer o dejar de realizar una actividad propia o contraria a sus funciones, con la finalidad de adquirir una posición privilegiada ante sus competidores en la transacción de carácter comercial que eventualmente se puedan generar en el mercado.

¹³⁵ Sánchez Bernal, Javier, Revista Cuaderno del Tomas No. 2, “La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal”, Salamanca, España, 2010, Pág. 216.

¹³⁶ Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, volumen I, primera edición, Madrid, España, 2017. Pág. 659.

2.3. Aspectos a considerar para la formulación de una teoría dogmática de corrupción en el sector privado.

Como es bien sabido por los juristas, la dogmática¹³⁷ es una disciplina del derecho penal que ha servido para interpretar, sistematizar, elaborar, desarrollar los conceptos que contendrá una disposición legal. De ahí que, esta herramienta sirve para entender el fenómeno de la corrupción en el sector privado y a su vez permitiría descomponer sus aspectos más relevantes que puedan lesionar o poner en peligro bienes jurídicos fundamentales, en ese orden de ideas, -como ya se explicó anteriormente-, esta nueva clase de ilícitos tiene varias manifestaciones, por lo que el reto sería puntualizar las acciones más relevantes y que deberían ser merecedoras de una pena, o por el contrario, determinar cuáles conductas debería ser sancionados por otros ordenamientos legales como el derecho mercantil, administrativo, tributario, entre otros.

En ese marco, la teoría general del delito¹³⁸ y la política criminal¹³⁹ nos permitirán direccionar tal labor dogmática y legislativa, puesto que, en la primera ha establecido los elementos esenciales¹⁴⁰ para que una conducta sea considerada como delito, es decir, cuando una persona realiza una acción que modifique el mundo exterior de modo relevante, siendo esta típica

¹³⁷ Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General Tomo I", Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º edición, 1º Edición Civitas, Madrid, España, 1997, Pág. 192.

¹³⁸ Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General Tomo I", Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º edición, 1º Edición Civitas, Madrid, España, 1997, Pág. 192.

¹³⁹ Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General Tomo I", Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º edición, 1º Edición Civitas, Madrid, España, 1997, Pág. 217.

¹⁴⁰ Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General Tomo I", Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º edición, 1º Edición Civitas, Madrid, España, 1997, Pág. 193.

por estar contenida en la normativa penal¹⁴¹, además antijurídica por ser contraria al ordenamiento jurídico, ya que, no tiene una causa de justificación y finalmente, que tal comportamiento se pueda declarar culpable al sujeto que conscientemente realizó la actividad criminal que el legislador penal estableció como ilícita y que tiene como sanción la pena ya sea de prisión, arresto de fin de semana, arresto domiciliario, multa y trabajo de utilidad pública.

En cuanto a la segunda, permite concretar los postulados teóricos penales en la normativa vigente, pero con la salvedad que esta debe respetar los derechos fundamentales que le asisten al ciudadano, como el principio de legalidad, juez natural, prohibición de doble juzgamiento, dignidad humana entre otros principios y garantías contemplados en la constitución y tratados internacionales.

2.4. Teoría Jurídica del derecho penal económico que aborda la Corrupción en el Sector Privado.

De acuerdo a la doctrina, existen dos puntos de vista de cómo debería ser concebido el Derecho Penal, la primera que engloba una diversidad de opiniones que van desde una visión clásica liberal, a la más contemporánea en la cual esta área debería estar conforme a los Derechos Humanos, en razón de lo anterior los juristas han clasificado estas perspectivas en lo que se le conoce como derecho penal mínimo¹⁴² o restrictivo, puesto que, estas teorías convergen en que la fuerza represiva del Estado, únicamente deberá

¹⁴¹ Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General Tomo I", Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2° edición, 1° Edición Civitas, Madrid, España, 1997, Pág. 194.

¹⁴² Silva Sánchez, Jesús María, "La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales", 2° edición, Madrid, España, 2001, Pág. 18.

reaccionar ante aquellos casos donde los bienes jurídicos fundamentales de las personas sean lesionados y que no hay otro medio para garantizar su preservación.

La segunda postura, que dicho sea de paso, es la que han adoptado la mayoría de países a nivel mundial, es la del derecho penal de la expansión, la cual consiste en la introducción de nuevos tipos penales, la agravación de los ya existentes, la reinterpretación de las garantías sustantivas y procesales, la protección de nuevos bienes jurídicos, la ampliación de los ilícitos que generan riesgo no permitido, la flexibilización de las reglas de imputación¹⁴³, entre otras.

Por lo anterior, no es extraño que en la actualidad se tipifiquen conductas que lesionen especialmente el orden socioeconómico, ya que, tal como lo sostiene la doctrina, de la moderna sociedad globalizada ha surgido un nuevo tipo de delincuencia que se caracteriza por ser más organizada y que es difícil de combatirla con los medios tradicionales, debido a que estos grupos cuentan con nuevas tecnologías y grandes recursos monetarios por el blanqueo de capitales, venta de droga, trata de personas, entre otras actividades delincuenciales, las cuales les permiten obtener cierto grado de poder tanto económico como político, lo que a final de cuentas dificulta la captura de estas organizaciones transnacionales.

De ahí que, en aras de la eficacia y bajar la percepción de inseguridad, los Estados han creado nuevos mecanismos para detener esta clase de delincuencia, lo anterior aunado a las nuevas exigencias internacionales para

¹⁴³ Silva Sánchez, Jesús María, "La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales", 2º edición, Madrid, España, 2001, Pág. 20.

hacer frente a esta clase de ilícitos, hace que se proponga un derecho penal de tres velocidades que se describirá a continuación:

La primera velocidad está dirigida a la delincuencia común que comete delitos como homicidios, robos, lesiones entre otros, en cuanto a la segunda velocidad, para los juristas esta debe sancionar las conductas que vulneren el orden económico como la propiedad intelectual, industrial, el mercado, la libre competencia, los consumidores, los derechos laborales y el ordenamiento territorial, finalmente la famosa tercera velocidad, consiste en agravar las penas y proponer nuevos tipos contra las personas que en su opinión no pueden ser reformadas mediante la pena y que es necesaria su inocuización, de que ahí, esta última postura muchos doctrinantes le han denominado como “Derecho Penal del Enemigo”, debido que esta teoría está diseñada contra las personas que contraríen el régimen Estatal imperante.

Volviendo al derecho penal de segunda velocidad, surge lo que la doctrina ha denominado “Derecho Penal Económico”, como “...*un conjunto de normas jurídico penales que tutelan el orden económico constitucional mediante la protección de mecanismos estatales de intervención en la economía y la tutela de las instituciones básicas que permiten la producción de bienes y servicios...*”¹⁴⁴(Sic). De esta noción, se puede decir que el Estado juega un rol de intervención únicamente cuando cualquier persona vulnera o pone en peligro de manera relevante el orden económico en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

No obstante lo anterior, hay doctrinantes que si bien no niegan la anterior concepción, pero sostiene que el derecho penal económico debe tener una

¹⁴⁴ Nieto Martín, Adán, “Derecho Penal Económico”, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2019, Pág. 4.

perspectiva más específica¹⁴⁵, al proponer que esta área del derecho debe combatir la criminalidad empresarial a través de un el sistema de tipos o regulaciones jurídico-penales orientados a penalizar los comportamientos más lesivos o que ponen en peligro bienes jurídicos económicos que se encuentran garantizados en las constituciones de los Estados, Sociales, Democráticos de Derecho, por las acciones antiéticas y reprobables de las clases sociales poderosas y dominantes, ejemplo de lo anterior en la región de los países nórdicos según las mediciones internacionales tienen bajos índices delictivo incluyendo los actos de corrupción¹⁴⁶ y es que, de acuerdo a los estudiosos del tema el sistema político escandinavo, este se caracteriza por el hecho de que la población accede a derechos fundamentales, sobre una base universal, de ahí que, la institución dominante de la protección social es el Estado, por lo que la financiación está asegurada por el impuesto y todos los ciudadanos de esos países.

Ahora bien, independientemente de cual sea el fin último de esta disciplina, lo cierto es que el derecho penal económico agrupa una diversidad de bienes jurídicos¹⁴⁷ que busca proteger, entre ellos: 1) La hacienda pública, 2) El medio ambiente, 3) La seguridad laboral, 4) La informática, 5) Los consumidores, 6) La libre competencia y 7) La actividad empresarial, de las últimas tres, su importancia radica en que la producción de artículos de consumo que luego se venderán al público tienen que ser de calidad, además porque el mercado tiene como objeto que los comerciantes se desenvuelvan en un entorno equitativo bajo la supervisión del Estado que

¹⁴⁵ Gracia Martín, Luis, "Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, España, 2016, Pág. 34.

¹⁴⁶ Urteaga, Eguzki, "El modelo escandinavo y su transposición en los países europeos", Lan Harremanak, Universidad del País Vasco, España, 2008, Pág. 62.

¹⁴⁷ Nieto Martín, Adán, "Derecho Penal Económico", Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2019, Pág. 7.

permita el libre pero regulado tráfico económico y así evitar los abusos por parte de algunas entidades que tengan posición dominante en el mercado y finalmente, esta área busca prevenir y sancionar tanto el fraude interno como externo por parte de las personas que obtengan el manejo real de la sociedad mercantil.

En ese orden de ideas, al sancionar conductas de corrupción en el sector privado se estaría buscando reaccionar ante los abusos y/o aprovechamientos consciente pero fraudulento de las facultades o ventajas que facilita el cargo dentro de una corporación mercantil, para la obtención de un lucro personal o ajeno al interés de los accionistas o de la población en general, quienes se verían afectados por este tipo de prácticas contrarias a la ética, al mercado, pero sobre todo al ordenamiento jurídico.

En nuestro país, el actual Código Penal en estricto sentido contiene el Título IX el cual regula los delitos contra el orden socioeconómico, y el Capítulo I relativo a la propiedad industrial contiene los tipos penales siguientes: Violación a privilegio de invención, Violación a distintivos comerciales, Infidelidad comercial, revelación de secreto industrial. En cuanto al Capítulo II esta los delitos relativos al mercado, la libre competencia y protección al consumidor, y entre los ilícitos contemplados tenemos, el acaparamiento, venta a precios superiores, uso de pesas o medidas alteradas, agiotaje, propalación falsa, competencia desleal, fraude en las comunicaciones, desviación fraudulenta de clientela, ventas ilícitas, defraudación a la económica pública. El Capítulo III regula las insolvencias punibles, como el alzamiento de bienes, quiebra dolosa, cheque sin provisión de fondos. El Capítulo IV regula los derechos laborales. El Capítulo V son los delitos relativos a la hacienda pública. Ahora bien, se concebimos esta área del derecho de forma más amplia también tenemos el Título X que regula el

ordenamiento territorial, los recursos naturales y también tenemos el Título XVI relativo a los delitos contra la administración pública y específicamente el Capítulo II que regula las conductas prohibidas de corrupción.

2.5. Justificación doctrinal de la regulación de la corrupción en el sector privado.

Como se ha venido sosteniendo, el tema de la corrupción ha sido abordado desde diferentes enfoques, entre ellos, político, económico, sociológico, ético entre otros saberes, pero cuando se estudia desde la ciencia jurídica¹⁴⁸, la doctrina lo ha dividido en dos dimensiones la pública y privada, con la finalidad de comprender el fenómeno, prevenir, reaccionar, sancionar en caso de que se cometa el ilícito y finalmente la ejecución penitenciaria.

De igual manera, se ha mencionado que las instituciones jurídicas arriba mencionadas se han abordado desde Derecho Penal Económico¹⁴⁹, disciplina que ha venido analizando el fenómeno de la corrupción privada, cuyo estudio ha tenido como parámetro el principio *ultima ratio*¹⁵⁰, el cual permite concluir que tales actos reprochables justifican su penalización por múltiples factores tanto de la convivencia social, como por otras circunstancias entre ellas:

¹⁴⁸ Carbajo Cascón, Fernando, revista *Iustiti* No. 10, artículo “Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012, Pág. 286.

¹⁴⁹ Gil Antón, Ana María, Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código Penal, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)* Número 6, Época I, Madrid, España, 2015, Pág. 79.

¹⁵⁰ Sánchez Bernal, Javier, *Revista Cuaderno del Tomas* No. 2, “La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal”, Salamanca, España, 2010, Pág. 225.

Primeramente, se justifica la penalización de los delitos de corrupción en el sector privado, debido a que dichas acciones pueden lesionar y poner en peligro de forma relevante la actividad económica, ya que, distorsionan la competencia leal y equitativa¹⁵¹ que debe imperar en una sociedad, pero que lamentablemente no se ha podido controlar por los otros ordenamientos jurídicos como el derecho mercantil, administrativo o tributario.

En segundo lugar, se justifica porque esta nueva área del derecho busca proteger -de acuerdo a los doctrinantes-, bienes jurídicos colectivos, supraindividuales¹⁵² o pluriofensivos¹⁵³, este último aspecto es importante, pues, el derecho penal clásico en su mayor parte, tutelaba bienes jurídicos individuales como lo han sido, la vida, la integridad física, el patrimonio, en cambio la nueva delincuencia, con una sola acción daña diferentes bienes jurídicos y sobretodo de carácter económico.

En tercer lugar, se justifica porque con el surgimiento de la sociedad globalizada, la expansión del derecho penal era predecible, ya que, las actuales relaciones sociales y sobre todo comerciales han emergido nuevos riesgos y peligros que en su mayoría son en abstracto¹⁵⁴. En ese orden de ideas, la víctima se vuelve difusa y pese a ello, la ciudadanía se identifica

¹⁵¹ Gonzales, Pilar Otero, Corrupción entre particulares (Delito de), Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 3, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid España, 2013, Pág. 175

¹⁵² De la Cuesta Arzamendi, José Luis, "La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?", Madrid, España, 2002, Pág. 289.

¹⁵³ Sanjosé, Rafael Juan Juan, "La nueva configuración de delito de administración desleal y su concurso con figuras afines", Primera edición, editorial Bosch, Madrid, España, 2016, Pág.279.

¹⁵⁴ Sánchez Bernal, Javier, Revista Cuaderno del Tomas No. 2, "La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal", Salamanca, España, 2010, Pág. 223.

cada vez más con esta¹⁵⁵. Por otra parte, cada vez se justifica menos la imprevisibilidad de los casos fortuitos¹⁵⁶ o situaciones ajenas a la voluntad, pues, se tiende cada vez más a responsabilizar a las personas en concreto por no desarrollar adecuadamente su rol de garante.

Como cuarto factor, -pero no menos importante- hay que develar que en los últimos años se ha constituido grupo de presión con el objeto de que se legisle en favor de tipificar esta nueva clase de delitos, de ahí que, a estos actores sociales la doctrina los ha denominado como “gestores atípicos de la moral”¹⁵⁷, que en algunos casos surgen de la sociedad civil organizada a partir de coyunturas puntuales, pero que tienen su origen debido a las causas estructurales de los problemas sociales que no han podido ser resueltos por otros mecanismos, sin embargo, hay otro tipo de agrupaciones que surgen por la influencia de clases sociales con poder económico y/o político quienes buscan imponer su agenda e ideología –que en muchos casos es de carácter conservadora- y para ello, hacen labor de gestión (Lobby), con el objeto de ganar apoyos para la creación de nuevas normas de control en materia penal.

¹⁵⁵ Gil Antón, Ana María, Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código Penal, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) Número 6, Época I, Madrid, España, 2015 Pág. 79.

¹⁵⁶ Gil Antón, Ana María, Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código Penal, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) Número 6, Época I, Madrid, España, 2015 Pág. 79.

¹⁵⁷ Silva Sánchez, Jesús María, “La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”, 2º edición, Madrid, España, 2001, Pág. 67.

2.6. Modelos dogmáticos internacionales que regulan la corrupción en el sector privado.

Primeramente, es oportuno recordar que los ordenamientos jurídicos (incluyendo los penales), son creados de acuerdo a las condiciones objetivas y subjetivas del país donde se desarrollan, por ello, no es extraño que al abordar el fenómeno de la corrupción privada, cada Estado tenga sus particularidades, en ese marco la doctrina ha realizado una labor de síntesis en la que diferencia tres grandes modelos, que se desarrollaran a continuación:

El primer modelo que ha sido implementado en países europeos como Reino Unido, Francia, Bélgica y Holanda concibe el delito de corrupción privada como una falta a la fidelidad¹⁵⁸ o la infracción de deberes¹⁵⁹ del trabajador¹⁶⁰ con respecto a la sociedad en la que labora, es decir, que la conducta prohibida es realizada por el director, gerente y empleado de una sociedad o empresa, sin la autorización del principal (dueño o socios de la entidad mercantil).

¹⁵⁸ González Pilar Otero, Corrupción entre particulares (Delito de), Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 3, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid España, 2013, Pág. 178.

¹⁵⁹ Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, "La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?", Madrid, España, 2002, Pág. 267.

¹⁶⁰ Sánchez Bernal, Javier, Revista Cuaderno del Tomas No. 2, "La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal", Salamanca, España, 2010, Pág. 221.

El segundo modelo que ha tenido su origen en Alemania y Austria, está diseñado como una barrea protectora de la competencia¹⁶¹ leal¹⁶², es decir, el potencial interés patrimonial de los competidores ante una posible lesión o puesta en peligro del mercado en la producción de bienes o prestación de servicios, que lo pueden generar tanto el empleado, como el representante de la sociedad y que dicha acción perjudica a la colectividad.

El tercer modelo, es en realidad la síntesis de varios enfoques¹⁶³, por ejemplo en Suecia se ha equiparado la conducta de la corrupción tanto pública como privada¹⁶⁴. Diferente es el caso de la República Italiana, ya que, -según la doctrina- es una conducta patrimonial¹⁶⁵ que se ha introducido en el derecho penal, pues, para que sea ilícita se debe establecer una lesión concreta aun bien de carácter económico, en cuanto a la legislación portuguesa se exige la concurrencia del daño patrimonial o perjuicio a la competencia leal para la configuración del ilícito.

Ahora bien, independientemente del modelo a implementar, no se debe olvidar que la corrupción como fenómeno social tiene su manifestación en el

¹⁶¹ González Pilar Otero, Corrupción entre particulares (Delito de), Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 3, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid España, 2013, Pág. 178.

¹⁶² Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, "La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?", Madrid, España, 2002, Pág. 271.

¹⁶³ Sánchez Bernal, Javier, Revista Cuaderno del Tomas No. 2, "La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal", Salamanca, España, 2010, Pág. 223.

¹⁶⁴ Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, "La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?", Madrid, España, 2002, Pág. 275.

¹⁶⁵ González Pilar Otero, Corrupción entre particulares (Delito de), Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 3, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid España, 2013, Pág. 178.

Derecho Penal Económico, y concretamente en la relación entre los mismos particulares (comerciantes individuales y sociales), por las relaciones que se encuentran reguladas en derecho privado (Derecho Civil, Societario y Mercantil); por lo que, cualquier actuación en el tráfico comercial tanto por un agente privado o incluso público, descansa en el concepto de buena fe que de acuerdo a la teoría monista del derecho civil, se compone de dos posiciones que se complementan, la primera es su vertiente psicológica, entendida como la honestidad, probidad, lealtad, ausencia de intención malévola, y la segunda vertiente es la psicológica, es decir, la creencia, persuasión, convicción sobre la legitimidad de una situación o hecho jurídico¹⁶⁶, de ahí que, se podría decir que estamos ante el mismo estado de espíritu por la convicción positiva de la firme creencia de no obrar contra derecho y por consiguiente actuar legítimamente.

En ese sentido, nuestra legislación interna específicamente en el Art. 751 del Código Civil, reconoce dicho concepto a tal punto que la presume como una situación cotidiana en las relaciones personales. Tal instituto jurídico es utilizado en el derecho privado de forma transversal ejemplo de ellos el Art. 1417 C.C. literalmente establece que: “...*Los contratos debe ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, si no a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella...*”, la anterior disposición, ha permitido que la relaciones entre los particulares se agilicen, pues, elimina la barreras del contrato de estricto derecho¹⁶⁷ de la antigua Roma donde se tenía que pactar cláusulas que en la actualidad serían de mero trámite en la ejecución de la relación jurídica acordada.

¹⁶⁶ Somarrivas Undurraga, Manuel, “Los Bienes y los Derechos Reales”, 3° edición, editorial Nascimento, Santiago de Chile, República de Chile, 1974, Pág. 470.

¹⁶⁷ Somarrivas Undurraga, Manuel, “Las Fuentes de las obligaciones en particular”, editorial Nascimento, Santiago de Chile, República de Chile, 1942, Pág. 270.

De igual manera, tales disipaciones mencionadas son aplicables al Derecho Mercantil y las podemos encontrar de modo supletorio por disposición del Art. 1 Código de Comercio, al establecer que: “...*Los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas por en este Código y en las demás leyes mercantiles, en su defecto, por los respectivos usos y costumbres, y a falta de éstos, por las normas del Código Civil...*”, y de forma expresa, tal como lo establece el Art. 411 C. Cm., al establecer que “...*Son obligaciones del comerciante individual y social: (...) IV. Realizar su actividad dentro de los límites de la libre competencia establecidos en la Ley, los usos mercantiles y las buenas costumbres, absteniéndose de toda competencia desleal...*”. Lo anterior, se debe a que la voluntad subjetiva de la persona está enfocada en realizar una actividad lícita, consiente y voluntaria de obrar bien, por lo que, tal manifestación está garantizada por lo principios de confianza, lealtad, secreto profesional y la protección de los bienes, por lo que, se puede decir que en las relaciones comerciales la buena fe es la limitación de una persona en la actividad económica.

No obstante, tal presunción tiene su contraparte en las acciones dolosas y fraudulentas que conllevan al quebrantamiento de dicho principio, es decir, la mala fe siendo esta el conocimiento de la falta de derecho, la ilegitimidad de una situación, la deslealtad o la intención de dañar o perjudicar, en ese sentido nos encontraremos ante una delgada línea entre las conductas inadecuadas en el derecho privado y las del derecho penal, pues, en las primeras debe ser expresadas en la ley como por ejemplo el Art. 275 C Com., le prohíbe a los administradores: “...*I Aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares, y usar en éstos la firma social (...) II Hacer cuenta de la sociedad operaciones de índole diferente de la finalidad social; Tales actos*

se consideraran como violaciones expresas de los términos del mandato...”, pues, al ser inobservadas dichas prerrogativas por parte de los administradores, les genera responsabilidad de carácter personal y/o solidariamente ante la sociedad y de terceras personas, en ese mismo sentido el Art. 248 Romano III C Com., establece que: “...Serán nulos los acuerdos de las juntas generales: (...) III.- Cuando su objeto sea ilícito, imposible o contrario a las buenas costumbres...”, igualmente el Art. 488 C. Com., limita la actividad mercantil al establecer que: “...Los comerciantes deben ejercer sus actividades de acuerdo con la ley, los usos mercantiles y las buenas costumbres, sin perjudicar al público ni a la economía nacional. La violación de esta norma da derecho al perjudicado a pedir judicialmente que cese la conducta ilegal y a exigir la reparación del año...”¹⁶⁸.

Ahora bien, hay conductas que si bien se dieron en el ámbito privado, pero por su gravedad son sancionadas en otros ordenamientos jurídicos y en este caso la misma legislación puede hacer la remisión como en los casos de los Arts. 343 Inc. 2º, 348, 398 literal b) y e), 455 Inc. 2, 497, 504 Inc. 2 y 3, 505, 506, 544, 795, 804, 1050 y 1432 C. Com., donde expresamente se menciona que tales actuaciones serán castigadas por el Código Penal, por violación a bienes jurídicos que regula el patrimonio, el orden socioeconómico esto último como la propiedad industrial, el mercado, la competencia, los consumidores, es por ello, que en el continente europeo las directrices de la Unión Europea están encaminadas a sancionar conductas de corrupción en el sector privado, como un mecanismo de reaccionar ante el abuso que están realizando ciertos agentes económicos que bajo el manto de la relación mercantil están dañado todo lo que representa la buena fe y ante ello se

¹⁶⁸ Otros ejemplos Art. 377 Romano I literal C, y 1389 Inc. 2º C Com.

debe penalizar dicha conductas para que de esta manera se pueda proteger la fidelidad y lealtad del correcto funcionamiento de la actividad económica.

2.7. Perfil criminológico de los sujetos que cometen corrupción en el sector privado.

Previo a abordar el perfil criminológico del delincuente económico, es importante recordar brevemente que en la historia de la humanidad se ha tenido diferentes puntos de vista sobre las personas que cometen delitos. De ahí que, si bien cada región o país tiene sus propias realidades, se puede decir que la visión general, que incluso fue respaldada por la religión, es que los seres humanos nacemos inherentemente malos¹⁶⁹, incluso pensadores como Nicolás Maquiavelo (1469-1527) manifestó que los hombres eran perversos por naturaleza¹⁷⁰ y que por tal razón se justificaba su castigo. Las consideraciones anteriores, son nociones precursoras de lo que hoy se

¹⁶⁹ Al recto la Biblia en Romanos 5 versículo 12, se menciona que: “...*Un solo hombre hizo entrar el pecado en el mundo, y por el pecado la muerte. Después la muerte se propagó a todos los hombres, ya que todos pecaban. No había Ley todavía, pero el pecado ya estaba en el mundo...*”, La biblia versión Latinoamérica, 54° edición, editorial Verbo Divino, Madrid, España, 1995, pág. 316. En ese mismo orden de ideas en Salamos 51 versículo 5 al 7, se menciona que: “...*Pues mi falta yo bien la conozco y mi pecado está siempre ante mí; contra ti, contra ti sólo pequé, lo que es malo a tus ojos yo lo hice. Por eso en tu sentencia tú eres justo, no hay reproche en el juicio de tus labios. Tú ves que malo soy de nacimiento, pecador desde el seno de mi madre...*”.La biblia versión Latinoamérica, 54° edición, editorial Verbo Divino, Madrid, España, 1995, pág. 1003.

¹⁷⁰ Sobre este apartado, mencionó puntualmente en su obra “El Príncipe” lo siguiente: “...*es más seguro ser temido que amado. Porque de la generalidad de los hombres se puede decir esto: que son ingratos, volubles, simuladores, cobardes ante el peligro y ávidos de lucro. Mientras les haces bien, son completamente tuyos: te ofrecen su sangre, sus bienes, su vida y sus hijos, pues –como antes expliqué– ninguna necesidad tiene de ello; pero cuando la necesidad se presenta se rebelan. (...) Y los hombres tienen menos cuidado en ofender a uno que se haga amar que a uno que se haga tener; porque el amor es un vínculo de gratitud que los hombres, perverso por naturaleza, rompen cada vez que pueden beneficiarse; pero el temor es miedo al castigo que no se pierde nunca...*”. Maquiavelo, Nicolás, El Príncipe, Editorial Porrúa, DF, México, 1998 Pág. 29.

conoce cómo criminológica¹⁷¹ disciplina científica que agrupa dichas ideas en la denominada escuela clásica con la finalidad de delimitar todos los pensamientos anteriores al nacimiento de esta ciencia.

De ahí que, no es extraño que tales opiniones influyeran en el derecho penal clásico, específicamente a través de la teoría absoluta de la pena, pues, con los postulados anteriores se logró justificar que las personas al realizar acciones desviadas al orden establecido, se constituían en crímenes graves los cuales debían ser expiados por el Estado, ya que, ante el padecimiento sufrido se buscaba retribuir el acto injusto y condenar al o los culpables, sobre este postulado Immanuel Kant (1724-1804) mencionaba que la pena es una retribución ética, justificada por el valor moral de la ley, ante la vulneración del imperativo categórico cometido por el criminal, y por consiguiente el Estado debía imponer un castigo ante el ilícito cometido¹⁷².

Pese a lo anterior, hubieron teóricos clásicos -sobre todo a partir del periodo conocido como la ilustración- que criticaron tales postulados, pues, consideraban que los seres humanos no eran inherentemente malos, uno de estos pensadores era Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) quien en su obra Emilio o de la educación, mencionaba que los hombres nacen buenos¹⁷³,

¹⁷¹ Hikal Wale, Introducción al Estudio de la criminología y a su metodología, Editorial Porrúa, DF, México, 2009, Pág. 11.

¹⁷² Zaffaroni, Eugenio Raúl, Criminología aproximación desde un margen, 2° reimpresión, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1998, Pág. 118.

¹⁷³ Rousseau en su obra pedagógica mencionó lo siguiente “...Desearía que fuera tan selecta la sociedad de un mancebo (joven), que tuviera buena opinión de los que con él viven, y que le enseñáramos a conocer tan bien el mundo, que la tuviese mala de todo cuando en él hacen. **Sepan que naturalmente es bueno el hombre**, siéntalo en sí, y juzgue de su prójimo por sí mismo; empero vea cómo deprava y pervierte la sociedad a los hombres; encuentre en las preocupaciones de éstos la causa de todos sus vicios; tenga inclinación a estimar a cada individuo, mas desprecie la muchedumbre; vea que todos llevan casi una misma máscara, pero sepa que hay rostros más hermosos que la máscara que los encubre...”. entre paréntesis y subrayados es no es del original. Rousseau, Jean-Jacobo, “Emilio o de la Educación”, 10° edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1989, Pág. 173.

pero que la sociedad corrupta los transforma. En ese mismo orden de ideas, está el jurista Cesar de Bonnassana, Marqués de Beccaria (1738-1794), quien en su obra celebre “Tratado de los delitos y de las penas”, si bien reconoce que es necesaria la existencia de la pena con la finalidad de mantener las libertades y el orden entre los miembros de la sociedad¹⁷⁴, sin embargo, realizó una crítica al sistema de enjuiciamiento existente y visibilizó los actos crueles e inhumanos¹⁷⁵ que se cometían en los lugares de detención donde las personas cumplían sus medidas.

Ahora bien, tanto la literatura como la doctrina han convergido en que la criminología surgió con los estudios de la escuela positiva, concretamente de los aportes antropológicos de Ezequías Marco César Lombroso Levi (1835-1909), de la Sociología de Enrico Ferri (1856-1929) y de la Psicología de Rafael Garófalo (1851-1934)¹⁷⁶. En cuanto a las investigaciones desarrolladas por dichos teóricos italianos, giraron en torno a que el delito viene producido por condicionamientos biológicos, psicológicos y sociológicos, de acuerdo a la tipología del delincuente, el cual podía ser “nato”, “loco moral”, “epiléptico”, “ocasional”, “pasional”, “político”, “profesional”¹⁷⁷, entre otros; de ahí que, dichos pensadores consideraban la pena como fenómeno necesario que encuentra su legitimidad en el derecho de la sociedad a defenderse.

¹⁷⁴ Beccaria, Cesar, Tratado de los delitos y las penas, editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993, Pág. 59.

¹⁷⁵ Beccaria, Cesar, Tratado de los delitos y las penas, editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993, Pág. 87.

¹⁷⁶ Hikal Wale, Introducción al Estudio de la criminología y a su metodología, Editorial Porrúa, DF, México, 2009, Pág. 13.

¹⁷⁷ Hikal Wale, Introducción al Estudio de la criminología y a su metodología, Editorial Porrúa, DF, México, 2009, Pág. 94.

Tales postulados influyeron en otros pensadores de la misma época, pues, juristas como Franz Von Lizst (1851-1919) justificó mediante su teoría, el trato diferencial de los delincuentes¹⁷⁸, pues, en algunos casos se les podía intimidar al delincuente mediante la norma penal, pero en otros casos era necesario corregir a la persona que cometió el ilícito, no obstante lo anterior, también señaló la imposibilidad de que algunas personas pudieran reformarse y ante ello, el único remedio era el aislamiento total de esta clase de malhechores del resto de la sociedad por ser demasiado peligrosos para la comunidad.

La tercera gran corriente dentro de la criminología es la escuela de Chicago que desde sus inicios ha realizado un análisis de la desorganización social¹⁷⁹, la cual postula que la delincuencia surgía en ciertas áreas geográficas, debido a la inexistencia o insuficiencia de los controles formales, los cuales son suplantados por agentes externos que transmiten antivalores y que pueden perjudicar a la colectividad.

En la actualidad han surgido nuevos modelos criminológicos que buscan dar respuesta del porque los seres humanos realizan conductas desviadas, entre las que destacan: 1) Modelo Biologicista, y sus áreas son: antropometría, antropología, biotipología, neurofisiología, sistema nervioso autónomo, endocrinología, bioquímica y sociobiología, genética criminal, 2) Modelo Psicologicista, y sus áreas son: la teoría psicoanalítica, psicopatología y 3) Modelo Sociología Criminal, y sus áreas son: la anomia, subculturas, control, etiquetamiento y la diferenciación social, esta última es de vital importancia,

¹⁷⁸ Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General Tomo I", Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º edición, 1º Edición Civitas, Madrid, España, 1997, Pág. 86 y 200.

¹⁷⁹ Elena Larrauri Pijoan, ¿Para qué sirve la criminología?, Cuadernos de Derecho Judicial, política criminal, Consejo de poder del poder judicial, Madrid, España, 1999, Pág. 25.

ya que, uno de sus precursores fue Edwin H. Sutherland, -persona que investigo la delincuencia económica y profesional a la cual denominó “criminalidad de cuello blanco”¹⁸⁰-, dentro de esta teoría de la diferenciación social se concibe que la conducta desviada no puede imputársele a las personas por meras inadaptaciones sociales, debido a que, estos son antivalores que surgen del aprendizaje efectivo que los sujetos reciben del mundo criminal, agrega además que estas conductas pueden impregnar cualquier clase social (clase alta, capa media o clase baja).

Ahora bien, de acuerdo a la doctrina Edwin H. Sutherland, popularizo el concepto “White Collar Crime (delito de cuello blanco)”, en los años treinta y cuarenta del siglo veinte, en sus discursos pronunciados ante la Sociedad Americana de Criminología¹⁸¹ y posteriormente, en los libros elaborados por el autor en los que analizaba las conducta de las empresas norteamericanas y entre sus principales hallazgos estaba que las compañías más grandes del país y que se dedicaban a la producción de aparatos electrónicos se habían dividido los territorios, además de forma fraudulenta habían distorsionado las reglas del mercado estadounidense en detrimento de los consumidores; de ahí que, el referido académico concluyó que no todas la conductas reprochables estaban contenidas en los ordenamientos jurídicos y en especial en los que se encarga la parte criminal.

De acuerdo al referido autor, el delito de cuello blanco, es: “...*el crimen cometido por una persona de respetabilidad y nivel social alto en el curso de*

¹⁸⁰ García-Pablos de Molina, Antonio, Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas, 3 edición, editorial Tiran lo Blanch, Valencia, España, 1996, Pág. 216.

¹⁸¹ Del Villar Lara, Fernando, Delito Político y su excusa absolutoria, editorial Porrúa, México, DF., 2009, Pág. 170.

*sus ocupaciones...*¹⁸². De esta definición, la doctrina ha caracterizado¹⁸³ a las personas que cometen este ilícito, de la forma siguiente: 1) Personas que poseen un elevado capital económico, 2) Que este delito sea cometido en el ejercicio de la actividad empresarial que ejerce, 3) No lo comete el delincuente convencional, 4) Hay una elevada cifra negra de los delitos económicos cometidos por el autor, 5) El gran poder económico que ostenta, no permite realizar adecuadamente las investigaciones fiscales y policiales, 6) La sociedad no percibe directamente el daño provocado por este tipo de delincuencia, 7) Cuando se le sanciona a esta clase de personas en su mayoría son penas pecuniarias y no privativas de la libertad, 8) Hay altos índices de impunidad, a consecuencia de la inoperancia de las instituciones estatales, o por los vacíos normativos, además porque esta clase de personas ostentan algún grado de inmunidad diplomática y finalmente logran sobornar a las autoridades que deberían de perseguirlos.

Las anteriores consideraciones, han permitido elaborar un perfil de los sujetos que realizan delitos económicos, de ahí que los rasgos más comunes es que estamos ante personas mayores de edad, de clase social alta, de familias renombradas en la palestra social del país, con alto índice de escolaridad y que las penas de los delitos que comenten son bajos en comparación con otros ilícitos.

De ahí que, las anteriores consideraciones permiten develar que el fenómeno de la delincuencia no es exclusiva de los estratos más bajos de la

¹⁸² Gutiérrez Zarza, María Ángeles, "Investigación y enjuiciamiento de los «delitos de cuello blanco» en el sistema judicial norteamericano", Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 50, No. 1-3, Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1997, Pág. 584.

¹⁸³ Del Villar Lara, Fernando, Delito Político y su excusa absolutoria, editorial Porrúa, México, DF., 2009, Pág. 172.

sociedad¹⁸⁴, como lo teorizaron los representantes de la escuela criminológica clásica y en cierta medida la positivista y por el contrario en las altas esferas económicas y políticas de la sociedad, también se cometen delitos, quienes a final de cuenta causan mayor daño, pues, con las acciones que puedan realizar estos sujetos poderosos, podrían generar un perjuicio mayor a la colectividad.

De lo apuntado, podemos decir que los estudios criminológicos de la delincuencia económica sirven al derecho penal, como fundamentos empíricos orientadores¹⁸⁵ para la creación de normas penales como es el ilícito de corrupción en el sector privado, pues, se puede delimitar el sujeto activo que realiza la conducta criminal, el sujeto pasivo que sufre la acción, así como el tratamiento que debe brindársele a las víctimas que han padecido este flagelo, además de establecer las funciones de los agentes encargados de prevenir, perseguir y sancionar las conductas que trasgredan el orden económico; lo anterior, nos permitirá crear una política criminal integral que reaccione ante este problema.

CAPÍTULO III

REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

Este capítulo trata sobre la regulación internacional específica que tiene que ver con el delito de corrupción privada, es decir, los Arts. 12, 21, 22 y 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, los Arts. 2 y 3 de la Acción Común de la Unión Europea, los Arts. 7 y 8 del Convenio Penal

¹⁸⁴ Del Villar Lara, Fernando, Delito Político y su excusa absolutoria, editorial Porrúa, México, DF., 2009, Pág. 175.

¹⁸⁵ Elena Larrauri Pijoan, ¿Para qué sirve la criminología?, Cuadernos de Derecho Judicial, política criminal, Consejo de poder del poder judicial, Madrid, España, 1999, Pág. 36.

Contra la Corrupción del Consejo de la Unión Europea, los Arts. VIII y XI de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y el Art. 5 del Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica. Lo anterior permitirá entender sus factores comunes y sus diferencias.

3. Análisis específico de las normas internacionales que tienen relación con el delito de corrupción en el sector privado.

3.1. Generalidades de los instrumentos internacionales que regulan y sancionan la corrupción en el sector privado.

Debido a la expansión internacional de la corrupción¹⁸⁶ tanto en el ámbito público como privado, lo anterior ha permitido el desplazamiento de esta clase de criminalidad y sus capitales¹⁸⁷ en diferentes países y hasta continentes, de ahí que, la comunidad mundial preocupada por tal situación ha elaborado instrumentos multilaterales¹⁸⁸ donde se establecen directrices para legislar en torno a tipificar como delito las actuaciones fraudulentas de los funcionarios públicos, como de los particulares cuando realizan comportamientos fuera del marco legal¹⁸⁹ en la actividad empresarial y del mercado.

¹⁸⁶ López de Lemos, Ana Isabel Parés, “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, Pág. 55.

¹⁸⁷ Cerina, Giorgio, revista IUSTITIA, “La Comunidad Internacional y la Lucha Contra la Corrupción en el sector Privado”, Salamanca, España, 2011, Pág. 98.

¹⁸⁸ Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?”, Madrid, España, 2002, Pág. 259.

¹⁸⁹ Carbajo Cascón, Fernando, revista Iustiti No. 10, artículo “Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012, Pág. 290.

Dentro de ese contexto, la doctrina menciona que los Estados Unidos de América, elaboraron los primeros códigos de conducta para la prevención de la corrupción¹⁹⁰, debido al escándalo por el pago de sobornos a funcionarios extranjeros por parte de una empresa que se dedicaba a la fabricación de aviones “Lookheed”, lo cual conllevó a la promulgación de la “Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero” de 1977 (Foreign Corrupt Practices Act – 1977)¹⁹¹, con esta normativa se prohibía a las personas naturales y jurídicas de dicho país, sobornar a las autoridades extranjeras para auto beneficiarse, lo anterior, si bien fue una medida para transparentar el comercio internacional; sin embargo, dicha normativa ponía en desventajas a las empresas de los Estados Unidos frente a sus competidores que continuaban con sus prácticas antiéticas, de ahí que, para un sector de la doctrina, este es el interés por lo que EE.UU busca que se elaboren normativas parecidas para combatir la corrupción.

Volviendo al punto de los sujetos internacionales, es importante traer a colación que la Organización de las Naciones Unidas en su resolución No. 3514, aprobada por la Asamblea General de dicha institución, el día 15 de diciembre de 1975, trataron el tema de las prácticas corruptas que se realizan en el comercio internacional. Posteriormente, dicho organismo en el año de 1990 estableció un código de acción¹⁹² con la finalidad de revisar el derecho penal y procesal penal de diferentes países miembros, y de esta manera verificar si dichos cuerpos normativos estaban acorde al combate de esta clase de ilícitos, además de formular mecanismos de carácter

¹⁹⁰ López de Lemos, Ana Isabel Parés, “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, Pág. 57

¹⁹¹ Cerina, Giorgio, revista IUSTITIA, “La Comunidad Internacional y la Lucha Contra la Corrupción en el sector Privado”, Salamanca, España, 2011, Pág. 101.

¹⁹² De Vicente Martínez, Rosario, “Corrupción, funcionario público y medio ambiente”, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006, Pág. 34.

administrativos para prevenir, detectar, investigar y sancionar el abuso de poder, así como realizar el decomiso de productos surgidos de esta clases de delitos y finalmente tomar medidas contra la empresas corruptas.

Otras resoluciones adoptadas por la ONU fueron la No. 50/106 del 20 de diciembre de 1995¹⁹³ y la No. 51/191 del 16 de diciembre de 1996¹⁹⁴, las cuales dieron ha lugar a la Declaración de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, en la que se establece adoptar medidas para luchar contra todas las formas de corrupción, soborno y prácticas ilícitas conexas en las transacciones comerciales internacionales, alentar la adopción de leyes a tal efecto en los países que aún no las tengan e instar a las empresas privadas y públicas, nacionales o internacionales a promover la transparencia y la competencia justa, de igual manera se busca que los Estados tipifiquen los delitos de soborno de funcionarios públicos extranjeros y finalmente crear los instrumentos jurídicamente vinculantes.

Lo anterior se materializó primeramente en la resolución No. 55/25, del día 15 de noviembre de 2000, en la cual la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁹⁵, instrumento que actualmente se ha convertido en el referente marco para la cooperación internacional con el objeto de combatir, las acciones delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, los delitos contra el patrimonio

¹⁹³ Ver <https://undocs.org/es/A/RES/50/106>, consultado, a las 21:16 horas del día 10/03/2020.

¹⁹⁴ Ver <https://undocs.org/es/A/RES/51/191>, consultado, a las 21:22 horas del día 10/03/2020.

¹⁹⁵ Suscrita por El Salvador, el 14 de diciembre de año 2000, ratificada por Decreto Legislativo No. 164 de fecha 16 de octubre de 2003 y publicada en el Diario Oficial No. 65, Tomo No. 363 del día 2 de abril de 2004.

cultural y los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo. De ahí que, en los Art. 8 y 9 del dicho Convenio recalca la necesidad de tipificar la corrupción en el ámbito internacional y adoptar todas las medias de prevención, control y de represión necesarias para los fines de este documento.

No obstante la anterior convención, la Organización de las Naciones Unidas, aprobó en Asamblea General, la resolución No. 55/61 de fecha 4 de diciembre del año 2000¹⁹⁶, en la que reconocieron que la referida Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, no era suficiente para establecer los estándares internacionales respecto al fenómeno de la corrupción, de ahí que era necesario elaborar un instrumento internacional independiente y eficaz para dar solución a esta problemática que había alcanzado niveles mundiales.

En esa misma línea, el referido organismo internacional, emitió la resolución No. 55/188 de fecha 20 de diciembre de 2000¹⁹⁷, en la que además de reiterar los considerandos de la resolución anterior, agrego la necesidad de regular la prevención de las prácticas corruptas, combatir la transferencia ilícita de fondos y buscar los mecanismos para la repatriación de esos fondos a sus países de origen y finalmente, se mencionó la importancia del sector privado tanto para el desarrollo de los países, como los aportes que brinda cuando envía representación a esta clase de encuentros.

Los anteriores antecedentes, permitieron que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobara en la Ciudad de Mérida,

¹⁹⁶ Ver https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5561s.pdf, consultado, a las 20:58 horas del día 12/03/2020.

¹⁹⁷ Ver https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res55188s.pdf, consultado, a las 21:10 horas del día 12/03/2020.

Estado de Yucatán, de los Estados Unidos Mexicanos, la resolución No. 58/4 del 31 de octubre de 2003, que contiene la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, instrumento internacional que ha sido ratificado por El Salvador¹⁹⁸, el cual tiene por finalidad promover las medidas para prevenir y combatir la corrupción, apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica para la misma, la recuperación de activos, promover la obligación de rendir cuentas de los asuntos y bienes públicos. Por lo que, para tal efecto se elaboraron 71 artículos, divididos en 8 capítulos, el cual contiene las disposiciones generales, medias preventivas, penalización y aplicación de la ley, cooperación internacional, recuperación de activos, asistencia técnica e intercambio de información, mecanismos de aplicación y disposiciones finales.

3.1.1. Análisis del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

En cuanto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, su artículo 12, si bien respeta el derecho interno de cada Estado para combatir este flagelo, pero la misma establece directrices de obligatorio cumplimiento para todos los países del mundo, que son signatarios de este instrumento al establecer lo siguiente:

Artículo 12. Sector privado “... 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles,

¹⁹⁸ Suscrita el 10 de diciembre de 2003, ratificada por Decreto Legislativo No. 325 de fecha 20 de mayo de 2004, y Publicada en el Diario Oficial No. 131, Tomo No. 364, del 14 de julio de 2004.

administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas. 2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en: a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes; b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflicto de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado; c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas; d) Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales; e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo; f) Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación. 3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará

las medidas que sean necesarias de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención:

a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros; b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas; c) El registro de gastos inexistentes; d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto, e) La utilización de documentos falsos; y f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.

4. Cada Estado Parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno, que es uno de los elementos constitutivos de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15 y 16 de la presente Convención y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto...”(Sic).

El artículo anteriormente transcrito, es el primero del sistema de las Naciones Unidas que regula al sector privado¹⁹⁹ y tiene tres objetivos, el primero es hacer frente a la corrupción en los negocios²⁰⁰, el segundo es mejorar las funciones de control en el área económica mediante normas de contabilidad y auditoría²⁰¹, finalmente, contempla la creación de mecanismos de prevención y en caso de inobservancia establece que los Estados deben

¹⁹⁹ Tito-Añamuro, John Alberto, “Corrupción Privada: Un Estudio de la Ausencia de Reglas de Derecho Privado, Desde El Caso Interbolsa”, Vniversitas, No. 131, Bogotá, Colombia, 2015, Pág. 455.

²⁰⁰ Gómez Patiño, Dilia Paola, “Corrupción y Colusión: Asuntos del sector empresarial en Colombia”, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, 2014, Pág. 52.

²⁰¹ López, Jaime, “Normas y políticas internacionales contra la corrupción”, Primera edición, editorial probidad, San Salvador, El Salvador, 2003, Pág. 19.

contemplar en su ordenamientos internos sanciones²⁰² de tipo civiles, administrativas, tributarias y penales.

En cuanto a las medidas de prevención, la convención dispone como obligación estatal la de formular normas (éticas y jurídicas) y procedimientos legales encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades del sector privado²⁰³. De ahí que, las empresas deberán integrar estas normas en sus programa de ética y conducta²⁰⁴ que contribuyan a garantizar que el personal, tanto de dirección como los ejecutores que independientemente las funciones que desempeñen dentro de la unidad donde laboran, puedan comprender la normativa nacional, los valores, principios, visión y misión de la empresa donde desarrolla sus actividades diarias, y para lograr lo anterior, el Estado deberá brindar apoyo técnico, así como realizar periódicamente las auditorías a las entidades para verificar si estas actúa correctamente.

Por otro lado, deberá promover las normas de contabilidad y auditoría para establecer parámetros en la realización de controles internos y externos²⁰⁵ los cuales deben incluir orientaciones y procedimientos claros respecto de las funciones primordiales de la auditoría interna en las sociedades o empresas del sector privado. Dentro de ese marco, las sociedades y empresas deberán estar obligadas por ley a mantener los debidos registros

²⁰² Sánchez Bernal, Javier, Revista Cuaderno del Tomas No. 2, “La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal”, Salamanca, España, 2010, Pág. 220.

²⁰³ Carbajo Cascón, Fernando, revista Iustiti No. 10, artículo “Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012, Pág. 295.

²⁰⁴ Argandoña, Antonio, “Las Empresas ante la Corrupción”, Papeles de Ética, Economía y Dirección, N° 4, Universidad de Navarra, España, 1999, Pág. 21.

²⁰⁵ Argandoña, Antonio, “Las empresas ante la corrupción, Papeles de Ética, Economía y Dirección, No. 4, Madrid, España, 1999, Pág. 8.

financieros y de la misma manera preparar los balances periódicos²⁰⁶, en ese orden de ideas, las grandes, medianas y pequeñas empresas que se cotizan en la bolsa de valores, así como las grandes empresas que no cotizan o que son empresas individuales o unipersonales, que realizan importantes operaciones internacionales, siempre deben ser objeto de auditoría externa²⁰⁷ en sus estados o balances financieros, los cuales deberán ser publicados por lo menos una vez cada año. De esto último, dichas cuentas deben estar registradas ante una entidad pública responsable de la inscripción de las empresas y de su contabilidad. Otra acción que contempla la normativa es la imposición de requisitos para la auditoría externa la cual debe ser más detallada a las empresas que cotizan en bolsa, según lo especificado por dicha institución de comercio y las autoridades reguladoras estatales del sistema financiero.

En cuanto a las sanciones penales para el sector privado²⁰⁸, deben ser apropiadas para los culpables de corrupción en sentido amplio²⁰⁹ que dicho sea de paso ya se está implementado en diferentes países, por lo que los tribunales, agencias estatales y otras entidades reguladoras deben tener la autoridad de imponer toda gama de sanciones, entre ellas, penales sanciones financieras, indemnizaciones, decomiso, inhabilitación, intervención o cierre de la empresa, descalificación de sus directores y

²⁰⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Ética anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual Para las Empresas”, Viena, Austria, 2013, Pág. 53.

²⁰⁷ Gil Robles, Roció, “Tratamiento de la Corrupción pública y privada en el marco de los programas de compliance”, Actualidad Penal 2019, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2019 Pág. 298.

²⁰⁸ Carbajo Cascón, Fernando, revista Iustiti No. 10, artículo “Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012, Pág. 302.

²⁰⁹ Madrid Valerio, Cecilia “Análisis de la tipificación de la corrupción privada en el Perú: ¿Una estrategia global contra la corrupción también debe involucrar a los particulares? ¿Y a las empresas?”, Revista IUS ET VERITAS No, 58, Lima, Perú, Pág. 49.

suspensión de la acreditación profesional, por ejemplo, de los contadores y abogados de la empresa.

También deben realizarse medidas para promover la cooperación entre las agencias estatales encargadas de hacer cumplir la ley y las instituciones del sector privado²¹⁰, y para ello, las empresas deben ser consciente de actuar con imparcialidad, integridad y responsabilidad en esta relación social con todos los interesados, lo anterior propiciara la creación de normas y procedimientos para proteger a las empresas, a sus clientes, a los empleados y a los accionistas.

En cuanto a la transparencia en las entidades mercantiles y la gestión de empresas, la convención obliga al Estado a tener organismo público legalmente responsable de aprobar la inscripción de las empresas²¹¹ y de recibir sus cuentas. Para tal efecto, los mecanismos de inscripción y la información para las entidades jurídicas registradas en cada país deben garantizar que se consignen y verifiquen todos los datos sobre los intervinientes. Otra obligación, es que los registros públicos deben estar autorizados a recabar información sobre las personas naturales y jurídicas al tener sospecha de que alguna de ellas está realizando una actividad ilícita. Finalmente, las instituciones públicas que regulan el mercado²¹² deben tener

²¹⁰ Carbajo Cascón, Fernando, revista Iustiti No. 10, artículo “Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012, Pág. 295.

²¹¹ De acuerdo a los Art. 24, 411 y 415 del Código de Comercio, es el registro de comercio la encargada de inscribir la constitución de sociedades mercantiles, la matriculación de la empresa y el depositar el balance financiero de la misma.

²¹² Arrieta, Javier Doria, “La adopción de buenas prácticas administrativas en los sectores público y privado como estrategia de prevención de actos de corrupción”, Revista digital de Derecho Administrativo, No. 21, 2019, Pág. 445. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5712>, consultado a las 10:17 horas del día 21/03/2020.

funciones de control efectivo que les permitan prevenir la corrupción de las entidades privadas.

Este tratado internacional también instituye la creación de restricciones posteriores de los exfuncionarios y ex servidores del sector público²¹³, que quieran prestar sus servicios al sector privado, la convención determina que todos los Estados partes deberían tener leyes y procedimientos²¹⁴ formales que rijan dichas actuaciones cuando estos sujetos finalizan su periodo, porque trabajan a medio tiempo, renuncian o se jubilan, y quieren pasar a las entidades del sector privado con las que hayan tenido tratos mientras desempeñaban funciones públicas, o que por la naturaleza de su cargo o función tienen información confidencial o comercial que está en su poder y es de sumo interés en el mundo de los negocios, por lo que se vuelve necesaria la contratación de esta persona en la empresa requirente, para que este pueda influir a sus antiguos empleadores o colegas²¹⁵ para los fines de la entidad donde trabajaría. De ahí que, tales procedimientos deben aplicarse tanto a los funcionarios elegidos por voto popular como a los designados, pero también a los servidores públicos que ocuparon cargo de confianza y que poseían la información de carácter privilegiada.

²¹³ Pérez Teodoro, “La Ética En La Administración Pública: Distinciones Necesarias”, *Ética Judicial*, en las Actuaciones Judiciales, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2014, Pág. 77.

²¹⁴ En el Art. 6 literal g) de la Ley de ética gubernamental dispone literalmente como prohibición: “Aceptar o mantener un empleo, relaciones contractuales o responsabilidades en el sector privado, que menoscaben la imparcialidad o provoquen un conflicto de interés en el desempeño de su función pública.”, Decreto Legislativo No. 873 de fecha 13/10/2011, publicado en el Diario Oficial No. 229, Tomo, 393, de fecha 07/12/2011. Con tal disposición se busca erradicar la dualidad de posiciones de una persona y potenciar el principio de objetividad que debe prevalecer en una buena administración pública que está obligado a velar por el interés colectivo sobre el particular.

²¹⁵ Irurzun Montoro, Fernando, “Ética y responsabilidad en la Administración Pública”, *Revista Documentación Administrativa* No. 286-287, Madrid, España, 2010, Pág. 109.

Otra obligación de ese instrumento internacional, son los procedimientos de auditoría interna y certificación que los Estados parte deben exigir a las empresas, y en caso de incumplimiento de las mismas, aplicar sanciones²¹⁶ adecuadas a las entidades obligadas a presentar anualmente sus cuentas, pues, en caso de incumplimiento se debe proceder a la imposición de multa cuando ha presentado dicho informe en periodo extemporáneo o de forma incompleta. En cuanto a las entidades públicas y privadas deberán estar obligadas a resguardar la información de los libros y registros²¹⁷, así como la divulgación de los estados financieros y normas de contabilidad y auditoría realizadas en el año respectivo.

En ese orden de ideas, las disposiciones que regulan el resguardo de la documentación relativa a la actividad de una empresa, deberán tener un plazo determinado de años razonables que permitan a la administración pública realizar sus investigaciones contables, además en caso que no se inicia la persecución de un posible infractor, se le faculte a la entidad emitir su prescripción por falta de interés o relevancia²¹⁸.

De igual manera, la convención establece instituir plazos para la destrucción de los libros principales de cuentas y demás documentación certificada. En ese marco, cada Estado debe establecer en su legislación interna los conceptos y definiciones claras de que debe entenderse por documento o

²¹⁶ Bacigalupo, Silvia, "Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción", Colección Estudios No. 1, editorial Programa Eurosocial, Madrid, España, 2013, Pág. 57.

²¹⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Ética anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual Para las Empresas", Viena, Austria, 2013, Pág. 53.

²¹⁸ Los Art. 84 y 147 del Código Tributario, Decreto Legislativo No. 230 de fecha 14/12/2000, publicado en el Diario Oficial, No.241, Tomo No. 394 de fecha 22/12/2000. Establece el plazo de 10 años para la prescripción y resguardo de obligaciones de carácter tributaria y por consiguiente el cobro de multa y accesorios.

fuente de información de la empresa²¹⁹, así como los documentos originales o la información que deban conservarse sean estos originales de contratos civiles y mercantiles, acuerdos de sociedades de cualquier naturaleza, garantías, títulos de propiedad, entre otros títulos que eventualmente pudieran ser requeridos incluso para presentarlos como prueba en posibles casos que puedan ser ventilados ante los tribunales civiles, administrativos, penales o de cualquier otra índole.

Por otra parte, la legislación interna que se adopte por los Estados suscriptores de este instrumento debe hacer referencia específica, en forma de disposiciones, requisitos y sanciones a las cuentas no registradas por las entidades mercantiles en los libros contables²²⁰; por el registro de gastos inexistentes; el asiento de gastos en los libros con indicación incorrecta de su objeto o uso; la utilización de documentos falsos o inconsistentes; y la destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley²²¹. Y es que, con las nuevas tecnologías se puede almacenar bastante información que antes no se podría resguardar en físico, además, es necesaria porque con el proceso de extinción de dominio o

²¹⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”, Nueva York, Estados Unidos, 2010, Pág. 64.

²²⁰ En nuestra legislación interna las obligaciones principales y accesorias están contempladas en los Arts. 30, 38, 42, 62-A, 74, 85, 91, 98, 126 del Código Tributario (El Salvador) y Arts. 2 Literal b) y d) 5, 7, 8 y 41 de la Ley de Impuesto sobre la Renta (El Salvador) y estas son: 1) Obligación de declarar del sujeto pasivo (contribuyente), 2) Llevar contabilidad y registro para determinar la base imponible, 3) Obligación de informar, 4) Obligación de establecer domicilio y 5) Obligaciones que se le pone a instituciones diferentes al contribuyente como son los bancos y notarios.

²²¹ Respecto a nuestra legislación penal el Art. 249-A Pn, establece como delito la acción típica de defraudación tributaria por la ocultación de datos reales que no se declaran (omisión) o falsean los datos que se declaran (acción), por lo que solamente así la administración queda en situación de desconocimiento de datos para liquidar. Lo anterior tiene su fundamento en que la acción típica tributaria constituye la conducta que infringe el deber de declaración, ya que en el ocultamiento o falseamiento de datos reales deja a la administración pública en desconocimiento de la deuda tributaria.

lavado de dinero es necesario mantener un registro fidedigno de los balances contables para verificar su autenticidad mediante una firma electrónica.

En ese marco, cuando la convención menciona la denegación de la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno y de otros conexos²²², los Estados deben elaborar leyes para que las empresas no puedan reclamar tales beneficios tributarios respecto de gastos que puedan constituir actos delictuosos, pues, esto son en detrimento en primer lugar de la hacienda pública y en segundo lugar en perjuicio de la colectividad al no llegar los recursos que necesita el Estado.

La anterior prohibición, según la convención debe hacerse extensiva al cohecho de funcionarios públicos extranjeros²²³, así como a los particulares que actúen incorrectamente y para ello, las conductas ilícitas deben exponerse claramente; además, las autoridades fiscales deben procurar en todo momento que el pago de sobornos no pueda ocultarse en categorías legítimas²²⁴, como la de “gastos sociales” por actividades con la comunidad, de “representación” por el hecho de su movilización en los territorios o “comisiones” por la supuesta realización de una acción lícita.

De acuerdo a la convención, las medidas señaladas permitirán la prevención, investigación y a la detección de delitos de corrupción en el sector privado, por lo que las agencias estatales de control, en especial las tributarias están

²²² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”, Nueva York, Estados Unidos, 2010, Pág. 65

²²³ Sánchez, Demelsa Benito, revista IUSTITS “Soborno transnacional. Su tratamiento en el derecho penal español”, Salamanca, España, 2014, Pág. 16.

²²⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”, Nueva York, Estados Unidos, 2010, Pág. 65

obligadas a notificar a la fiscalía o a las instituciones que persiguen el delito, los indicios de practica fraudulentas que puedan ser constitutivas de ilícitos penales, para ser procesadas conforme a la ley de esta materia y así lograr sancionar a los culpables.

3.1.1.1 Análisis del artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

En cuanto al Art. 21 de la CNUCC, establece directrices para tipificar el soborno en el sector privado de la forma siguiente: “...*Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar; b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar...*”

Sobre la anterior norma, la Convención ejemplifica dos tipo de conductas prohibidas estas son el soborno activo y pasivo en el sector privado, las cuales no estaban contempladas en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional u otros instrumentos internacionales del sistema

universal²²⁵. No obstante, de la lectura del mismo podemos inferir que retoma conceptos de otros tratados regionales específicamente del continente europeo verbigracia cuando se exige la integridad y honestidad en las actividades económicas, financieras o comerciales²²⁶.

Por otra parte, este artículo refuerza la exigencia que los Estados parte de este instrumento consideren la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de las actividades socioeconómicas, en primer lugar: a) Cuando se prometa, ofrezca o concesione, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido para sí mismo o en favor de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, por acción u omisión de actuar por el sujeto referido; en segundo lugar: b) Cuando la solicitud o aceptación, sea en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido para sí mismo o en favor de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, por acción u omisión de su actuar.

En cuanto al soborno en su modalidad activa los elementos requeridos de este delito según la convención son la promesa, el ofrecimiento o la concesión de algo a una persona que dirija una entidad del sector privado o trabaje en ella. Por ello, este ilícito debe abarcar los casos cuando se ofrece

²²⁵ Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito División Para Asuntos De Tratados, "Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", 2º edición revisada, Viene, Austria, 2012, Pág. 89.

²²⁶ Sobre este asunto puede remitirse a la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 22 de julio de 2003, relativo a la lucha contra la corrupción en el sector privado, cuyo artículo 2 obliga a tipificar como delito la corrupción activa y pasiva en el sector privado.

un emolumento o algún bien corporal²²⁷. Así pues, un beneficio indebido puede ser algo tangible o intangible, cuantificable o no pecuniario.

En cuanto al beneficio indebido no tiene por qué darse inmediata o directamente a una persona que dirija una entidad del sector privado o trabaje en ella, ya que, esta se puede prometer, ofrecer o concederse directa o indirectamente, en tanto que este puede ser un regalo, una concesión u otro beneficio que se dé a alguna otra persona, como un familiar o una organización política. En cuanto al elemento subjetivo, esta debe ser dolo directo. Además, ha de establecerse algún tipo de vínculo entre el ofrecimiento o el beneficio y el hecho de inducir a la persona que dirige una entidad del sector privado o que trabaja en ella a que actúe o se abstenga de actuar faltando al deber inherente a sus funciones en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

En cuanto a la modalidad pasiva los elementos requeridos son la solicitud o aceptación del soborno y para ello debe establecerse el vínculo con la influencia en la conducta de la persona que dirige una entidad del sector privado o cumple cualquier función en ella²²⁸. Por otra parte, el beneficio indebido puede ser para la misma que dirige una entidad del sector privado o cumple cualquier función en ella como de otra persona o entidad, por ello, la solicitud o aceptación debe venir de esa persona o por conducto de un intermediario, es decir, que puede ser directa o indirecta, en cuanto a la conducta subjetiva, debe ser de forma dolosa bastando la intención de

²²⁷ Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito División Para Asuntos De Tratados, “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, 2º edición revisada, Viena, Austria, 2012, Pág. 89.

²²⁸ Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito División Para Asuntos De Tratados, “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, 2º edición revisada, Viena, Austria, 2012, Pág. 90.

solicitar o aceptar el beneficio indebido con el fin de modificar la propia conducta faltando al deber inherente a las funciones propias, en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales.

En ese orden de ideas, la presente Convención busca delimitar dichos actos al establecer en el Art. 38 CNUCC²²⁹, la obligación de tomar medidas para alentar la cooperación entre los organismos públicos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley, en el sentido de: a) Informar a los organismos encargados de la vigilancia cuando haya motivos razonables para sospechar que se ha cometido alguno de los delitos entre ellos, Soborno de funcionarios públicos nacionales, Soborno en el sector privado y Blanqueo del producto del delito y b) Proporcionar a esos organismos toda la información necesaria, previa solicitud, pues, como se ha mencionado anteriormente, en los delitos de corrupción puede haber una confluencia de funcionarios públicos y agentes privados que puede hacer negociaciones con la finalidad de dañar el buen funcionamiento de las instituciones Estatales y el orden socioeconómico que podría causar daños a los ciudadanos de forma inmediata o porque los efectos de esto ilícitos puede perdurar por muchos años.

3.1.1.2. Análisis del artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

El Art. 22. CNUCC, regula la Malversación o peculado de bienes en el sector privado en cual prescribe que: *“...Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean*

²²⁹ Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito División Para Asuntos De Tratados, “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, 2° edición revisada, Viene, Austria, 2012, Pág. 111.

necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo...”.

El referido artículo solicita a los Estados signatarios de la Convención considerar la posibilidad de tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente²³⁰, actos de malversación o peculado por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, por el desvíos de bienes, fondos, títulos privados o cualquier cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

3.1.1.3. Análisis del artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

El Art. 26. CNUCC regula la responsabilidad de las personas jurídicas el cual literalmente prescribe: “...1. *Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.* 2. *Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.* 3. *Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.* 4. *Cada*

²³⁰ Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito División Para Asuntos De Tratados, “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, 2° edición revisada, Viene, Austria, 2012, Pág. 91.

Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo...”.

De acuerdo al Art. 26 de esta Convención, se debe regular la responsabilidad de las personas jurídicas y esta pueden ser de índole penal, civil o administrativa, la cual existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido el delito, por ello, las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasivas²³¹. En cuanto al párrafo 1 del artículo 26 se exige a los Estados que adopten las medidas a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación, pues, estas son de carácter obligatorio, en la medida que esté en consonancia con la convención.

En cuanto al párrafo 2 del artículo 26 de la convención se indica que la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Aclarando que no está obligado a establecer la responsabilidad penal si ello es incompatible con sus principios jurídicos, siempre que la responsabilidad civil o administrativa sean suficientes para cumplir el requisito de este instrumento. El párrafo 3 del artículo 26 se indica que la responsabilidad de las entidades jurídicas debe establecerse sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. Por lo tanto, la responsabilidad de las personas naturales que cometen los actos es adicional a cualquier responsabilidad que recaiga en la persona jurídica y no debe verse afectada

²³¹ Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito División Para Asuntos De Tratados, “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, 2° edición revisada, Viene, Austria, 2012, Pág. 96.

de ningún modo por ésta. Cuando una persona comete delitos en nombre de una entidad jurídica, debe ser posible enjuiciar y sancionar tanto a la persona como a la entidad.

De ahí que, la Convención exhorta a los Estados parte a que velen por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables. En cuanto a las investigaciones y el enjuiciamiento de los delitos de corrupción (que por lo general son bastante largos), los Estados que dispongan de plazos de prescripción en sus ordenamientos jurídicos deberán velar por que sean relativamente suficientes para lograr el enjuiciamiento.

En cuanto a las sanciones, la más utilizada es la multa, que a veces se califica de penal, no penal e híbrida. Otras sanciones son la exclusión en la celebración de contratos con el gobierno (contratación pública, contratación de ayuda o financiación de créditos para la exportación), el decomiso, la restitución, la inhabilitación o el cierre de entidades jurídicas²³². Además, establece que los Estados pueden considerar la posibilidad de establecer sanciones no monetarias, por ejemplo, el retiro de ciertas ventajas, la suspensión de determinados derechos, la prohibición de algunas actividades, la publicación del fallo, el nombramiento de un fideicomisario, el requisito de aplicar un programa interno y eficaz de cumplimiento y la regulación directa de las estructuras de la persona jurídica.

²³² Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito División Para Asuntos De Tratados, “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, 2° edición revisada, Viena, Austria, 2012, Pág. 98.

3.1.2. Instrumentos regionales europeos contra la corrupción privada.

Si bien, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, y la Convención Interamericana Contra la Corrupción, son los instrumentos de obligatorio cumplimiento para nuestro país. Sin embargo, es oportuno estudiar los instrumentos internacionales del continente europeo por su aporte a los avances respecto a este fenómeno, sobre todo porque han influido en la dogmática penal y la política criminal.

3.1.2.1 Análisis de los artículos 2 y 3 de la Acción Común del Consejo Europeo de 1998.

La primera fuente normativa que sistematiza de forma adecuada la corrupción en el sector privada, es la ACCIÓN COMÚN del 22 de diciembre del año 1998, adoptada por el Consejo Europeo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado (98/742/JAI)²³³. De ahí que, en sus Arts. 2 y 3, están orientados a los países de la eurozona para que tipifiquen la corrupción privada pasiva y activa de la siguiente manera:

Artículo 2 AC, Corrupción pasiva en el sector privado²³⁴: “... 1. *A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de*

²³³ Ver al respecto <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e924646a-a992-40d3-ba8b-03bddcdc7149/language-es>, revisado a las 20:28 Horas, del día 22/03/2020.

²³⁴ Ver al respecto <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e924646a-a992-40d3-ba8b-03bddcdc7149/language-es>, revisado a las 20:50 Horas, del día 22/03/2020.

realizar un acto incumpliendo sus obligaciones...” (...) 2. Con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato...”(sic).

De la directriz emitida por la Unión Europeo, se puede entrever que la norma citada en un primer momento, elabora una ejemplificación de las elementos básicos que debe comprender el tipo penal de corrupción pasiva en el sector privado²³⁵, entre ellos el sujeto activo que es una persona que labora para la empresa, prosigue con una clara identificación del bien jurídico que debe proteger, es decir, la deslealtad frente a su jefe y que daña la libre competencia, ya que, este mal actuar del particular pueda causar un perjuicio económico a una colectividad.

En cuanto al Art 3 AC se refiere a la Corrupción activa en el sector privado que literalmente dice²³⁶: “...1. A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona,

²³⁵ Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?, Madrid, España, 2002, Pág. 263.

²³⁶ Ver al respecto <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e924646a-a992-40d3-ba8b-03bddcdc7149/language-es>, revisado a las 20:52 Horas, del día 22/03/2020.

para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones...” (...) “...2. Con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común, y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato...”(sic).

La segunda directriz emitida por el Consejo Europeo, se refiere a la tipificación del delito de corrupción privada en su modalidad activa²³⁷, de ahí que el sujeto activo puede ser cualquier persona (no requiere una cualidad especial) y de igual manera que la normativa arriba citada, el bien jurídico que debe proteger es la libre competencia, con el objeto de evitar la distorsión del mercado, siempre que se genere o ponga en peligro de manera relevante a un tercero, pues con dicho mal actuar le puede generar un perjuicio de carácter económico.

3.1.2.2. Análisis de los artículos 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo Europeo de 1999.

Otro instrumento de carácter internacional del mencionado continente, es el Convenio Penal sobre la Corrupción de la Unión Europea, de fecha 27 de

²³⁷ Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?, Madrid, España, 2002, Pág. 265.

enero de 1999²³⁸, que en los Arts. 7 y 8 respectivamente, de forma más sintética y mejor redactada establecen como obligación penalizar la corrupción privada debido a la inobservancia de los principios de lealtad y confianza los cuales son necesarios para el mantenimiento y el desarrollo de las relaciones sociales y económicas, y para tal efecto señala dos conductas puntuales de la forma siguiente:

El Artículo 7 de la CPCUE, establece como conducta prohibida la corrupción activa en el sector privado, al prescribir que²³⁹: *“...Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de prometer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes...”(sic).*

Sobre lo anterior, se puede decir que el referido Convenio tiene un alcance regional destinado a los miembros de la Unión Europea, en razón de lo anterior, la normativa citada debe ser incorporada en los Código Penales de los respectivos países de referido continente. De ahí que, deberá contener los elementos prohibitivos descritos, es decir, que una persona (independientemente de su calidad en la empresa) realice una acción dentro de la actividad mercantil²⁴⁰, de sobornar²⁴¹ (ventaja indebida) a otra persona

²³⁸ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 125.

²³⁹ Ver: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135 consultado, 16:00 del día 23/03/2020.

²⁴⁰ Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi,

que dirige o trabaja en una empresa con el objetivo de que realice o deje de hacer un acto propio o contrario a sus funciones.

El Artículo 8. de la CPCUE, establece como conducta prohibida la corrupción pasiva en el sector privado, al establecer que²⁴²: *“...Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente en el curso de una actividad mercantil, el hecho de que una persona que dirija o trabaje en cualquier calidad para una entidad del sector privado solicite o reciba, directamente o por mediación de terceros, una ventaja indebida o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, para sí misma o para cualquier otra persona, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus deberes...”(sic).*

Respecto a la segunda norma mencionada, el convenio penal europeo instituye como obligación para los estados de la eurozona, tipificar la corrupción pasiva²⁴³, la cual debe comprender los elementos siguientes²⁴⁴, que una persona (independientemente de su cargo ya sea directivo o trabajador) relacionada con una empresa, realiza la acción criminal dentro del mundo de los negocios, al solicitar a otra persona, algún bien para

José Luis, “La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?”, Madrid, España, 2002, Pág. 261.

²⁴¹ Cerina, Giorgio, revista IUSTITIA, “La Comunidad Internacional y la Lucha Contra la Corrupción en el sector Privado”, Salamanca, España, 2011, Pág. 112.

²⁴² Ver: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135 consultado, 16:45 del día 23/03/2020.

²⁴³ Díez Repolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?”, Madrid, España, 2002, Pág. 262.

²⁴⁴ Cerina, Giorgio, revista IUSTITIA, “La Comunidad Internacional y la Lucha Contra la Corrupción en el sector Privado”, Salamanca, España, 2011, Pág. 112.

realizar o dejar de hacer una actividad propia de sus funciones en la entidad donde labora.

3.1.3. Análisis a los artículos VIII y IX de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

Como ya se mencionó anteriormente, en el sistema americano, si bien cuenta con la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996²⁴⁵, el cual consta de 28 artículos estructurado de la manera siguiente: Artículos I Definiciones, II Propósitos, III Medidas preventivas, IV Ámbito, V Jurisdicción, VI Actos de corrupción, VII Legislación interna, VIII Soborno transnacional, IX Enriquecimiento ilícito, X Notificación, XI Desarrollo progresivo, XII Efectos sobre el patrimonio del Estado, XIII Extradición, XIV Asistencia y cooperación, XV Medidas sobre bienes, XVI Secreto bancario, XVII Naturaleza del acto, XVIII Autoridades centrales, XIX Aplicación en el tiempo, XX Otros acuerdos o prácticas, XXI Firma, XXIII Adhesión, XXIV Reservas, XXV Entrada en vigor, XXVI Denuncia, XXVII Protocolos adicionales, XXVIII Depósito del instrumento original.

De lo anterior, como se puede observar, dicho instrumento centro su desarrollo en el sector público²⁴⁶, sin embargo, tiene un alcance limitado respecto a la criminalidad del sector privada, pues, en el Art. VIII se limita al soborno de funcionario internacional, al señalar que: “...*Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico,*

²⁴⁵ Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de Estados Americanos, suscrita el 26 de marzo de 1996, Ratificada mediante Decreto Legislativo No. 351 de fecha el 9 de julio de mil 1998, publicada en el Diario Oficial No. 150, Tomo340, del 17 de agosto de 1998.

²⁴⁶ López de Lemos, Ana Isabel Parés, “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, Pág. 62.

*cada Estado parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y **empresas domiciliadas** en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial (...) Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención(...) Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación prevista en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan...”.(El subrayado y negritas no es del original).*

La anterior transcripción, permite intuir que la obligación señalada por la convención es de tipificar penalmente esta figura, la cual busca prohibir el soborno a los funcionarios públicos, por una acción relacionada con una transacción de naturaleza económica o comercial internacional, con el objeto de evitar que el servidor público realice una acción u omisión contraria a sus deberes, para beneficio de un tercero (persona natural o jurídica).

El Art. IX prescribe que: “...1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: (...) b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o **de empresas** o

instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada...”. (El subrayado y negritas no es del original).

De lo transcrito se puede decir que, la convención busca evitar el aprovechamiento indebido que pueda tener un funcionario público que tiene el manejo de bienes públicos (sean muebles o inmuebles) una empresa (si bien no se especifica si se refiere empresa pública y/o privada debería entenderse ampliamente), por razones de la investidura de su cargo (sea por elección popular o de segundo grado), pues, se entiende que este es un administrador de los mismos que al final de su periodo debe ser devuelto integralmente.

3.1.4. Análisis al artículo 5 del Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica.

Como se mencionó anteriormente, pese a que la Convención Interamericana Contra la Corrupción, no profundizó sobre la regulación en el sector privado. Sin embargo, el Art. 5 del Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica²⁴⁷, reconoce la necesidad de combatir este ilícito en el mundo de los negocios al establecer lo siguiente: “...*La corrupción, pública o privada, constituye una amenaza a la democracia y la seguridad de los habitantes y de los Estados de la región centroamericana. Las Partes se comprometen a realizar todos los esfuerzos para su erradicación en todos los niveles y modalidades (...) En este sentido, la reunión de los entes controladores del Estado de cada una de Las Partes, asesorará a la Comisión de Seguridad en*

²⁴⁷ Consultado en https://www.sica.int/documentos/tratado-marco-de-seguridad-democratica-en-centroamerica_1_110795.html, a las 20:45 minutos del día 23 de marzo de 2020, Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, Sistema de la Integración Centroamericana, suscrita en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995.

el diseño, establecimiento e instrumentación de programas y proyectos regionales de modernización y armonización legislativa, investigación, educación y prevención de la corrupción...”.

El mencionado tratado del sistema de integración centroamericana, es el único instrumento internacional de carácter regional y obligatorio para El Salvador que busca erradicar la corrupción privada, pues, a consideración de los suscritores²⁴⁸, la corrupción constituye una amenaza para la región; por lo que, los Estados deben hacer los esfuerzos para crear programas y armonizar la legislación, con la finalidad de combatir esta clase de criminalidad. Ahora bien del acuerdo al Art. 12, 47, 50 y 52 TMSDC, la Comisión de Seguridad debe realizar la ejecución, coordinación, evaluación y seguimiento, de elaboración de propuestas, así como de recomendaciones de alerta temprana de este tratado.

No obstante lo anterior, de las últimas tres reuniones, es decir, la LVIII reunión ordinaria de la Comisión de Seguridad de Centroamérica, del 13 de Agosto de 2015, La LXVI reunión ordinaria de la Comisión de Seguridad de Centroamérica del 23 de mayo de 2018 y La LXVII reunión ordinaria de la Comisión de Seguridad de Centroamérica del 10 de octubre de 2018, no han abordado sobre el tema de corrupción privada y no se encontró datos estadísticos sobre el tema.

²⁴⁸ Fueron los gobiernos de las repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

3.2. Factores comunes y diferentes de los instrumentos internacionales que combaten la corrupción privada.

Después de hacer referencia a los instrumentos internacionales más relevantes para El Salvador²⁴⁹, los cuatro convergen en la necesidad de combatir la corrupción. Sin embargo, los dos europeos y el centroamericano hacen referencia a la corrupción en el sector privado, puesto que el interamericano su regulación gira en torno a la corrupción en el sector público. Por otro lado, los convenios europeos (a diferencia de los americanos) también proponen los tipos penales que deben ser introducidos en los códigos penales de los países miembros de la comunidad europea, pues definen los sujetos (pasivo y activo), los verbos rectores, el objeto

²⁴⁹ También está la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, adoptada en Maputo, el 11 de julio de 2003, que si bien no si hizo referencia por la poca bibliografía sobre este instrumento en idioma castellano, es oportuno señalar que tal convenio se creó con la finalidad de combatir la corrupción pública y privada, esta ultima la define en el Art. 1 como el sector de una economía nacional bajo propiedad privada en la que la asignación de recursos productivos está controlada por las fuerzas del mercado, en lugar de las autoridades públicas y otros sectores de la economía que no están bajo el sector público o el gobierno (private sector, means the sector of a national economy under private ownership in which the allocation of productive resources is controlled by market forces, rather than public authorities and other sectors of the economy not under the public sector or government). Además, en su Art. 11.denominado Sector privado establece las directrices a seguir entre ellas, 1. Adoptar medidas legislativas y de otro tipo para prevenir y combatir actos de corrupción y delitos conexos cometidos en y por agentes del sector privado. 2. Establecer mecanismos para alentar la participación del sector privado en la lucha contra la competencia desleal, el respeto de los procedimientos de licitación y los derechos de propiedad. 3. Adopte otras medidas que sean necesarias para evitar que las empresas paguen sobornos para ganar licitaciones. (private sector 1. adopt legislative and other measures to prevent and combat acts of corruption and related offences committed in and by agents of the private sector. 2. Establish mechanisms to encourage participation by the private sector in the fight against unfair competition, respect of the tender procedures and property rights.3. Adopt such other measures as may be necessary to prevent companies from paying bribes to win tenders. https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_e.pdf, consultado a las 16:00 horas del día 24/03/2020.

material, las sanciones a las personas naturales y mencionan que era necesario introducir la penalización de las personas jurídicas²⁵⁰.

El anterior modelo, debería ser tomado en cuenta por lo países que conforma el sistema interamericano con la finalidad de estudiar las instituciones jurídicas establecidas, analizar su viabilidad de incorporarlas en la legislación interna de los países que conforma esta organización. Lo anterior servirá para tener un modelo eficaz y democrático que combata este tipo de criminalidad económica más acorde a la realidad que se vive en los países de este continente; además, se puede adatar los mecanismos de cooperación internacionales que permitan tener una justicia más eficaz, pronta y cumplida donde se respete las garantías constitucionales del debido proceso.

CAPÍTULO IV

LA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO

El propósito de este capítulo es centrar las bases teóricas de la Política Criminal y su vinculación con el Derecho Penal Económico y la criminología, los actores que la componen, la racionalidad al momento de crear normas, el populismo punitivo y como se ha desarrollado la política criminal contra la corrupción privada en Europa y América.

²⁵⁰ Gil Nobajas, María Soledad, “El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 Bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV, Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, España, 2015, Pág. 597

4. Nociones generales de la Política Criminal contra la corrupción en el sector privado.

4.1. Aspectos preliminares sobre la Política Criminal Económica.

De acuerdo a la literatura, el concepto “Política” viene del vocablo etimológico de origen griego por la conjunción de los adjetivos Polis Politikos, que significa ciudad y Politeia, o política de la ciudad, es decir, la organización de vida en común de los ciudadanos²⁵¹, dicha noción ha evolucionado dando a lugar a diferentes definiciones entre ellas, el Diccionario de la Lengua Española, la ilustra como: “...*Perteneciente o relativo a la doctrina política.(...) Perteneciente o relativo a la actividad política (...)* Que interviene en las cosas del gobierno y negocios del Estado (...) Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados, (...) Actividad de quienes rigen o aspiran a regir los asuntos públicos (...) Actividad del ciudadano cuando interviene en los asuntos públicos con su opinión, con su voto, o de cualquier otro modo...”²⁵², otros autores la han definido como: “...*la participación de los asuntos del Estado, la orientación del Estado, la determinación de las formas de las tareas y del contenido de la actividad estatal (...)* Entran en la esfera de la política, las cuestiones relativas a la organización del Estado, al gobierno del país, a la dirección de las clases...”²⁵³.

²⁵¹ Castro Orellana, José Rodolfo, “Material didáctico del curso de Introducción a las Ciencias Políticas Orígenes de la política en la antigua Grecia el concepto de política Orígenes: mundo griego antiguo, Revista Derecho No. 2, Época VII, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2010, Pág.120.

²⁵² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001, pág. 1796.

²⁵³ Rosental. M.M, “Diccionario Filosófico”, Primera Edición, Editorial Tecolut, San Salvador, El Salvador, 1971, Pág. 367.

En razón de lo anterior, para muchos autores han elevado estas áreas del conocimiento humanos a la categoría de ciencia, lo que ha dado lugar a diversas acepciones y cada una de ellas tienen sus propios elementos que vienen siendo una parcela de la actividad que realiza el Estado²⁵⁴, en ese marco se puede hablar de política educativa, política de salud, política económica, entre otras. Sobre lo anterior, no es extraño que una parte de esta disciplina estuviera relacionada con la forma de tratar la delincuencia, y es precisamente en este contexto que surge la política criminal cuya finalidad es dar respuesta a este fenómeno.

Ahora bien, en la literatura se discute el origen de la misma, sobre ello la doctrina mayoritaria considera que las primera nociones sistemáticas²⁵⁵ la podemos encontrar en el periodo de la ilustración como un mecanismo para revisar críticamente el aparato represivo del antiguo régimen feudal, por ello, se menciona que los textos del italiano Cesar de Bonnassana, Marqués de Beccaria²⁵⁶ expusieron nítidamente los pilares fundamentales de esta disciplina al señalar que el poder del Estado debe servir para el bienestar de los ciudadanos, asimismo debe estar en función de la prevención del delito y mejorar las condiciones a los privados de libertad para que se desarrollen y puedan volver a la sociedad como mejores ciudadanos.

No obstante lo anterior, se considera que el mayor desarrollo científico de esta área ha sido por los pensadores alemanes (entre ellos sus principales

²⁵⁴ Borja Jiménez, Emiliano, "Curso de Política Criminal, 2° Edición, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2011, Pág. 19.

²⁵⁵ Polaino-Orts, Miguel, "Orígenes de la política criminal y abolicionismo (apropósito del Márquez de Becaria)"; revista Política Criminal y Dogmática Penal, 1° edición, Editorial ARA, Lima, Perú, 2013, Pág. 202.

²⁵⁶ Rivera Beiras, Iñaki, "Política Criminal y Sistema Penal, 1° Edición, Editorial Anthropos, Barcelona, España, 2005, Pág. 24.

exponentes han sido Kleinschrod, Feuerbach, Henke y Franz Von Liszt), quienes desarrollaron una disciplina a la que denominaron como “Kriminalpolitik”²⁵⁷ o su equivalente en castellano “Política Criminal”, la cual fue concebida como el arte de legislar el poder punitivo. Por tal razón, tradicionalmente, según Roxin, la dogmática jurídica penal y la Política Criminal se han visto como una relación recíprocamente antagónica a tal punto que siempre se trae a colación aquellas palabras celebres de Liszt, donde afirmaba que “El Derecho Penal es la barrera infranqueable de la Política Criminal”²⁵⁸.

Ahora bien, en los últimos años esta disciplina ha tenido un desarrollo acelerado debido a que es una herramienta para ejecutar los planes de los gobernantes con miras al control del Estado, de ahí que, esta materia sea complejizando, al punto de dotarle su propio objeto de estudio siendo esta las medias gubernamentales para combatir la delincuencia, en razón de lo anterior, cuando se ocupa la palabra Política Criminal en mayúscula es para definir: “...*aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal...*”²⁵⁹. Sin embargo, cuando se ocupa el concepto de política criminal en minúscula se hace referencia aquel “...*conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico,*

²⁵⁷ Langle Emilio, “La teoría de la Política Criminal”, 1º Edición, Editorial REUS, Madrid, España, 1927, Pág. 27.

²⁵⁸ La varios autores la Ciencia Penal se compone de la Dogmática Penal, esta es la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal, la Política Criminal, es el debería ser del Derecho y la Criminología es la ordenación total del saber empírico sobre el delito, los delincuentes, la reacción social negativa y el control de esa conducta conceptos que serán desarrollados más ampliamente en este capítulo. Roxin, Claus, “Derecho Penal Parte General Tomo I”, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º edición, 1º Edición Civitas, Madrid, España, 1997, Pág. 223.

²⁵⁹ Borja Jiménez, Emiliano, “Curso de Política Criminal, 2º Edición, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2011, Pág. 20.

social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad...”²⁶⁰.

De ahí que, a la Política Criminal le corresponde el examen crítico de la realidad y la priorización de los recursos disponibles en la lucha contra el delincuente, por ello, la principal tarea es elaborar propuestas de nuevas leyes o mejorar la legislación ya existente, sin olvidar, que no es suficiente el hecho de promulgar una nueva norma que formalmente sea válida pero que materialmente carece de aplicación. Por otra parte, la política criminal no se debe deslumbrar exclusivamente en términos de eficacia, ni debe ser valorada sólo por su funcionalidad e idoneidad, para hacer efectivo un programa penal determinado, pero que va en detrimento de la sociedad que en definitiva este último debe ser su finalidad, es decir, mejorar las condiciones de existencia y convivencia de los seres humanos.

Ahora bien, pese a la delimitación existente entre Derecho Penal y Política Criminal, no obstante, también se debe considerar que ambas materias se debe complementar, pues, estas tienen que buscar las posibles soluciones al problema de la criminalidad²⁶¹, en todos su ámbitos como es el económico, y para ello, siempre debe tener en cuenta los principios y garantías sustantivas y procesales contemplados tanto en las Constituciones, como en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, los cuales deben girar en torno a proteger la dignidad humana, derecho a la verdad y la administración de justicia.

²⁶⁰ Borja Jiménez, Emiliano, “Curso de Política Criminal, 2º Edición, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2011, Pág. 21.

²⁶¹ Zipf Heinz, “Introducción a la Política Criminal, 1º Edición, Editorial EDERSA, Madrid, España, 1979, Pág. 5.

4.1.1. Contenido de la Política Criminal, en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Pese a ser un área del conocimiento humano, en la que se ha escrito mucho, todavía hay elementos de la misma que no se han consolidado y que están en debate, verbigracia en cuanto a su naturaleza²⁶², se discute si la Política Criminal es una disciplina o ciencia autónoma del derecho penal, o una parte integrante de este, o una herramienta para su perfeccionamiento, o es el conjunto de varias ciencias, o simplemente un área de la política general del Estado que trata al delincuente.

En cuanto a su objeto, si bien existe convergencia en que esta disciplina busca mejorar y determinar los principios, fines y etapas de la legislación penal²⁶³ sobre todo en sus contenidos prescriptivos, para que este sea más eficaz en su estrategia en la lucha contra el crimen y posterior sanción mediante la aplicación de penas y medidas de seguridad sobre delincuentes²⁶⁴. Actualmente debe procurar que las personas aun y cuando atenta contra las reglas básicas de la convención social, estas deben ser tratadas dignamente.

Respecto a su metodología, en la doctrina se menciona que esta disciplina debe reflexionar sobre las condiciones materiales del Estado y las acciones encaminadas a la protección de los valores jurídicos más importantes que el

²⁶² Lozano, Carlos Blanco, Tratado de Política Criminal, Tomo I: Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito, editorial J. M. BOSCH, Madrid, España, 2007 Pág. 34.

²⁶³ Morales Uriostegui, Emma Norma, "Algunas reflexiones sobre política criminal y sus principales Tendencias", revista Nuevo Derecho, Vol. 5, Nº 6. Antioquia, Colombia, 2010, Pág. 21.

²⁶⁴ Díez Ripollés, José Luis, "El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Granada, Granada, España, 2018, Pág. 19.

derecho penal debería tutelar. Para ello, se debe hacer un análisis exhaustivo y racional de la realidad, para así priorizar los recursos con los que cuenta el Estado²⁶⁵ y de esta manera brindar soluciones realistas mediante el sistema penal, en razón de lo anterior, se han establecido tres fases que se desarrollaran a continuación:

La primera fase está orientada a la creación medidas legislativa²⁶⁶, de ahí que la política criminal debe servir de guía al legislador para la creación de nuevas instituciones jurídicas penales²⁶⁷ (como la corrupción en el sector privado), mejorar la ya existentes o incluso crear instrumentos extra-penales los cuales servirán para la prevención del delito. En la segunda fase, se circunscribe a una labor meramente dogmática la cual está dirigida a las categorías sistemáticas más importantes y las tendencias interpretativas recientes según los principios propios de la política criminal. Finalmente, la tercera fase gira en torno a que debe realizar una crítica del Derecho (en especial el Derecho penal vigente), para proponer propuestas de solución al fenómeno de la delincuencias (en todos su expresiones inclusive la económica), acudiendo a criterios técnicos normativos, principios jurídicos universalmente aceptados, a las políticas sociales y en general al conocimiento empírico de las ciencias sociales entre ellas, la criminología, sociología, filosofía, psicología, entre otros saberes.

²⁶⁵ Lozano, Carlos Blanco, Tratado de Política Criminal, Tomo I: Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito, editorial J. M. BOSCH, Madrid, España, 2007 Pág. 34.

²⁶⁶ Morales Uriostegui, Emma Norma, "Algunas reflexiones sobre política criminal y sus principales Tendencias", revista Nuevo Derecho, Vol. 5, N° 6. Antioquia, Colombia, 2010, Pág. 22.

²⁶⁷ Roxin, Claus, "La evolución de la Política crimina, el Derecho Penal y el Proceso Penal, 1° Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, Pág. 58.

4.1.2. Relación de la Política Criminal con respecto a la criminología económica.

A inicios del siglo pasado, el jurista Elimilio Langle citando al doctínate Alfredo Niceforo mencionaba que: “...*la Política criminal es un lado de la Criminología...*”²⁶⁸, sin embargo, aclaraba que la criminología por sí sola no podría constituirse como la esencia de la política criminal, si no como base de apoyo. De ahí que, ambas disciplinas junto a la dogmática penal tienen una relación intrínseca como de tres pilares²⁶⁹ que coadyuvan a la justicia en tanto que la criminología investiga el fenómeno criminal bajo todos sus aspectos, el derecho penal establece los preceptos y finalmente la política criminal sirve como herramienta práctica que permite estructurar y mejorar las leyes penales como lineamientos tanto para el legislador, como para los ejecutores y juzgadores.

En ese orden de ideas, dentro de la función investigadora de la criminología, esta sirve a la política criminal²⁷⁰ para bríndale información necesaria para los planes de intervención de la delincuencia, con el objeto de crear medidas (legislativas o gubernamentales) eficientes y eficaces basadas en la prevención general y especial del delito, para minimizar los posibles daños y así ahorrar fondos tanto públicos como privados que podrían utilizarse para otros fines en favor de la colectividad.

²⁶⁸ Langle Emilio, “La teoría de la Política Criminal”, 1º Edición, Editorial REUS, Madrid, España, 1927, Pág.113.

²⁶⁹ Zipf Heinz, “Introducción a la Política Criminal, 1º Edición, Editorial EDERSA, Madrid, España, 1979, Pág. 14.

²⁷⁰ Barberet, Rosemary, “La Investigación Criminológica y La Política Criminal”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, No. 5, Madrid, España, 2000, Pág. 223.

Finalmente, la criminología ha apoyado a la política criminal mediante sus teorías para entender el fenómeno de la delincuencia lo que le permite justificarla, tanto para proteger al ciudadano, como para tener el control del Estado, ejemplo de esto último fue la criminología administrativa²⁷¹ que permitió construir un aparato jurídico penal represivo, pero bajo la promesa que este modelo lograría reducir la criminalidad, pero que en realidad sirvió como mecanismo de intervención.

Ahora bien, modernamente la criminología ha estudiado la delincuencia desde distintos ángulos entre los más destacados el de la desorganización social, subculturas, tensión, arraigo social, etiquetamiento, victimológica y la asociación diferenciación²⁷², de este último como se mencionó anteriormente, es la teoría que explica como la delincuencia surge de proceso de aprendizajes donde se generan antivalores y en consecuencia patrones de conductas delictivas. Para el combate de lo anterior, la criminología le propone a la política criminal reducir la delincuencia mediante el rechazo al aprendizaje criminal, a través de la reducción de programas violentos de entretenimiento y la creación de programas escolares de prevención de la violencia de grupos vulnerables.

²⁷¹ Barberet, Rosemary, "La Investigación Criminológica y La Política Criminal", Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, No. 5, Madrid, España, 2000, Pág. 226

²⁷² Barberet, Rosemary, "La Investigación Criminológica y La Política Criminal", Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, No. 5, Madrid, España, 2000, Pág. 227.

4.1.3. La Política Criminal y el Análisis Económico del Derecho respecto a los delitos de corrupción en el sector privado.

Previo al desarrollo del tema en cuestión, es oportuno mencionar que los precursores de la económica, entre ellos, Leonel Robbins²⁷³ expusieron que esta ciencia debería reflexionar el comportamiento humano en relación a los fines y medios escasos con los que cuenta, lo anterior serviría para brindarle alternativa ante sus necesidades, pues, el tiempo y los recursos son limitados. Para el logro de lo mencionado, esta área del conocimiento creó una ficción denominada Homo oeconomicus²⁷⁴, por medio del cual sustentan la teoría de que una persona racional es motivada por la consecución del máximo rendimiento de sus preferencias de su propia lista de prioridad y que puede o no actuar éticamente.

Estas ideas fueron evolucionado hasta la creación de la teoría denominada Análisis Económico del Derecho, y uno de sus principales precursores fue Gary Becker²⁷⁵, quien realizó un análisis económico de las políticas públicas y privadas para optimizar el combate a la criminalidad²⁷⁶, del cual salieron dos postulados importantes: El primero es la decisión de cometer el crimen,

²⁷³ Iguñiz Echeverría, Javier María, "Tres conceptos de escasez", Economía Vol. XXXIII, No. 65, Lima, Perú, 2010, Pág.92.

²⁷⁴ Tamarit Sumalla, Josep M. "La política criminal como disciplina empírica y valorativa", Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, España, 2016, Pág. 31.

²⁷⁵ Según la literatura, Gary Becker inicio su teoría a consecuencia de un incidente personal, pues, dicha persona cuando era estudiante universitario tenía que llegar a realizar un examen y no encontraba parqueo para su auto, y por ello rápidamente analizo los costos y beneficios de estacionar el carro en un lugar no permitido, la posibilidad de multa y sobre todo el grado impunidad al no ser descubierto, (esto último fue lo que prevaleció) de esa acción comenzó a escribir sobre el Análisis Económico de Derecho. Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo "Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber", Economía industrial, No. 398, Madrid, España, 2015, Pág.55.

²⁷⁶ Gary S Becker, en su versión en inglés literalmente menciona: "This essay uses economic analysis to develop optimal public and private policies to combat illegal behavior.", Crime and Punishment: An Economic Approach, The Journal of Political Economy, Vol. 76, No.2, 1968, Chicago, United States of America, Pág. 207.

donde se supone que una persona comete un ilícito si la actividad realizada es compensada por el tiempo y recursos utilizados²⁷⁷, y para ello toma como parámetro la probabilidad que sea investigado, juzgado y condenado, sobre esto último calcula el tiempo de la condena prevista o el quantum de la multa si fuera el caso.

El segundo postulado, gira entorno a la asignación de los recursos necesarios para prevenir la delincuencia, pues, al ser escasos, en un modelo de justicia penal que priorice el encarcelación –según esta teoría- no se podría perseguir todos los delitos²⁷⁸ por los elevados costo que genera, por otra parte, la probable pena de prisión que se emita, impone un costo adicional al Estado en cuanto a la manutención del delincuente, por ello, concluía el referido autor, que se debía analizar las circunstancias en las cuales es mejor sancionar con multa a las personas o inclusive calcular cuales delitos no serían perseguidos.

Finalmente, el anterior aporte empírico puede servir como una herramienta para crear y diseñar una política criminal la cual este estructurada con las pertinentes consideraciones éticas, eficientes y eficaces en la asignación de

²⁷⁷ Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Análisis Económico del Derecho y Política Criminal, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, No. extraordinario 2, Madrid, España, 2004, Pág. 51.

²⁷⁸ Gary S Becker, en su versión en inglés literalmente menciona: “The main purpose of this essay is to answer normative versions of these questions, namely, how many resources and how much punishment should be used to enforce different kinds of legislation? Put equivalently, although more strangely, how many offenses should be permitted and how many offenders should go unpunished? The method used formulates a measure of the social loss from offenses and finds those expenditures of resources and punishments that minimize this loss. The general criterion of social loss is shown to incorporate as special cases, valid under special assumptions, the criteria of vengeance, deterrence, compensation, and rehabilitation that historically have figured so prominently in practice and criminological literatura”. Crime and Punishment: An Economic Approach, The Journal of Political Economy, Vol. 76, No.2, 1968, Chicago, United States of America, Pág. 207.

recursos para hacer frente al fenómeno delictivo económico mediante los costes de un modelo de prevención, reacción y tratamiento penitenciario de las personas que cometen ilícitos de corrupción en el sector privado.

4.1.4. Actores de la Política Criminal que interactúan en el Derecho Penal Económico que podrían influir en la tipificación del delito de corrupción en el sector privado.

Previo a desarrollar el presente apartado, es oportuno mencionar que para la creación de una política criminal integral es ineludible identificar a los verdaderos actores de la misma, ya que, tal como se ha venido sosteniendo el nuevo escenario global abarca a sujetos nacionales e internacionales, lo anterior se debe a que el crimen ha tomado características transnacionales²⁷⁹, por lo que, el Derecho Penal debe reaccionar ante esta nueva situación, por ello, no es extraño que las nuevas legislaciones nacionales son consensuadas por una fuente supranacional como lo es la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, la Unión Europea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Sistema de Integración Centroamericano, entre otros organismos, pues, en la actualidad la delincuencia va más allá de las fronteras del Estado, por lo que, se requiere acciones de cooperación y coordinación más eficaces entre las naciones²⁸⁰, lo que suele derivarse en el compromiso de utilizar el derecho penal bajo una estrecha cooperación judicial en base a los principios de justicia universal y de jurisdicción transnacional.

²⁷⁹ López de Lemos, Ana Isabel Parés, “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017, Pág. 33.

²⁸⁰ Carbajo Cascón, Fernando, revista *Iustiti* No. 10, artículo “Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012, Pág. 294.

Ahora bien, en este contexto internacional donde se encuentra inmerso el Derecho penal, no es una interacción equilibrada entre todos los actores²⁸¹, pues, su influencia depende del poder político, económico, la capacidad de hacer lobby sobre sus intereses y los posibles contactos internacionales informales que puedan tener los políticos, autoridades estatales, policías y particulares, aunado a lo anterior, también se debe tomar en cuenta que las corporaciones multilaterales quieren imponer sus condiciones como una exigencia previa para la apertura de sus agencias, lo que les permite afincarse en un determinado territorio²⁸², de ahí que las nuevas medidas giran en torno a la modernización de las leyes fiscales siempre y cuando este cambio las beneficie, además, peticionan la flexibilización de las leyes laborales, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras acciones.

Otro punto importante que vale la pena destacar, es que actualmente existe una Americanización del Derecho Penal²⁸³. De hecho, los más importantes desarrollos de esta materia en las últimas décadas han comenzado allí. De la parte general, cabe mencionar que el derecho penal de la empresa han querido retomar instituciones como la responsabilidad corporativa (corporate liability)²⁸⁴ y las consecuencias jurídicas del delito, donde se aprecia la vuelta

²⁸¹ Pérez Nieto, Luiz, "Prensa, Política Criminal y Opinión Pública: el Populismo en España", Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 2010, Pág. 56.

²⁸² Ibarra Cisneros, Manuel Alejandro, "La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo", Contaduría y Administración, No. 231, Distrito Federal, México, 2010, Pág. 37.

²⁸³ Nieto Martín, Adán, "¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?", Revista derecho Penal, No. 19, Universidad de Huelva, Huelva, España, 2007, Pág. 121.

²⁸⁴ Ayala González, Alejandro, "La participación empresarial en crímenes internacionales: una propuesta para ampliar el ámbito subjetivo del estatuto de roma", Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, No.37, Madrid, España, 2018, Pág.256.

a la retribución como una merecida recompensa y/o castigo (just desert)²⁸⁵, a penas privativas de libertad duras y esquematizadas (sentencing schemes)²⁸⁶, una severa agravación de la reincidencia (three strikes and you are out)²⁸⁷ y una restricción de las medidas especiales para menores (“Adult Time for Adult Crime”)²⁸⁸.

Otros cambios que se refleja en la parte especial del derecho penal, es la tipificación de más delitos de carácter económico, informático, criminalidad organizada, corrupción, blanqueo de capitales, las drogas, el terrorismo y las nuevas tendencias moralizadoras y sexuales (sexual harrassment)²⁸⁹. Áreas todas ellas conceptualizadas por los Estados Unidos y que han ido posteriormente extendiéndose a otros países y continentes. De ahí que, no debemos olvidar que la internacionalización de la materia penal solo es legítima y funcional cuando es apropiada, necesaria y útil, y siempre buscando el necesario equilibrio con los Derechos Humanos.

Ahora bien, al hablar de los actores de la Política Criminal, tradicionalmente se han clasificado a los mismos en dos grandes grupos²⁹⁰, los cuales se subdividen en varios sujetos que serán detallados a continuación: En cuanto

²⁸⁵ Torres Ortega, Ilse Carolina, “La justificación del castigo en la filosofía del Derecho contemporáneo”, Universidad de Alicante, Alicante España, 2017, Pág. 257.

²⁸⁶ Champion, Dean John, “Sentencing A reference Handbook, Editorial ABCOCLIO, Santa Bárbara, Estados Unidos, 2008, Pág. 6.

²⁸⁷ Lamas Leite, André, “«Nueva penología», punitive turn y Derecho Penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre (pos) moderna”, InDret Revista para el Análisis del Derecho, No. 2, Barcelona España, 2013, Pág. 31

²⁸⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe: “La situación de niños y niñas y adolescentes en el sistema de justicia penal para adultos en los Estados Unidos”, Washington D. C., Estados Unidos, 2018, Pág.31.

²⁸⁹ Vega Lozada, Fredrick, “Hostigamiento sexual virtual: perspectivas del ordenamiento jurídico de Estados Unidos de Norteamérica”, Revista Forum Empresarial, Vol. 7, NO.1, San Juan, Puerto Rico, 2002, Pág. 54.

²⁹⁰ Tamarit Sumalla, Josep M. “La política criminal como disciplina empírica y valorativa”, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, España, 2016, Pág. 26.

a los actores primarios, son los que tienen competencia formal en el ámbito nacional, para la planificación de las estrategias de persecución del delito, por ello, el órgano ejecutivo, es el primero que se menciona, lo anterior se debe a que en los Estados cuyo sistema es de índole democrático y republicano, le corresponde al Presidente por medios de sus Ministros la conducción de la política nacional e internacional del país según los fines señalados en la Constitución²⁹¹, por otra parte, este órgano estatal tiene la facultad de dar iniciativa de ley (para crear o reformar el ordenamiento jurídico) y poder de veto contra las normativas emitidas por la asamblea, por lo anterior, se puede inferir que es necesaria su participación en la creación de una política criminal dirigida a combatir los ilícitos en el sector privado.

El segundo actor es el Órgano Legislativo²⁹² y su importancia radica en que tiene la facultad para elaborar legislación secundaria, ratificar tratados internacionales y crear instituciones que tenga relación con la prevención y sanción de los delitos de corrupción en los negocios, el tercer actor es el Órgano Judicial²⁹³ y su importancia está en que debe aplicar la ley al caso concreto cuando se cometan los ilícitos de corrupción entre particulares, por ello, si una persona es declarada culpable este tiene la obligación de imponer una pena (prisión, arresto o multa) y la correspondiente responsabilidad civil por el hecho causado y asimismo debe vigilar la ejecución de la pena.

²⁹¹ Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, San Salvador, 1998, Pág. 1117.

²⁹² Becerra Muñoz, José, "La toma de decisiones legislativas penales", Revista Española de Derecho Constitucional, No. 99, Madrid, España, 2013, Pág. 129.

²⁹³ Pérez Nieto, Luiz, "Prensa, Política Criminal y Opinión Pública: el Populismo en España", Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 2010, Pág. 62.

Como cuarto actor, tenemos las agencias estatales, entre ellas, la Fiscalía General de la República²⁹⁴ por ser la institución que persigue el delito y promueve los proceso a la instancia judicial, también las instituciones estatales del sistema financiero por ser los entes descentralizados que verifican el trafico económico del país, también podríamos mencionar las demás instituciones que velan por la transparencia en la gestión de los negocios.

En cuanto a los actores secundarios²⁹⁵, son personas o instituciones de mucha relevancia y en cierto casos tiene el poder real, lo cual les permite definir la política criminal de un país, de ahí que para algunos autores ponen en esta clasificación a los medios de comunicación²⁹⁶, puesto que, mucha de la información que se genera es transmitida mediante medios noticiosos, lo anterior les permite poner un tema a la palestra pública y volverla de interés nacional independientemente de la importancia que en realidad tenga. En ese marco, los medios de comunicación como auténticos agentes de control social que reconocen y delimitan cuales son los problemas sociales, tal característica les facilita influir en la sociedad, políticas públicas, y entre ellas la política criminal.

En ese orden de ideas, los medios de comunicación en los últimos años se han convertido, por tanto, en sujetos de los análisis de la política criminal, siendo ya considerados uno de los actores primordiales del giro punitivista, pues, su influencia trasciende a la política adoptada, mediante dos

²⁹⁴ Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, San Salvador, 1998, Pág. 1177.

²⁹⁵ Igui Tamarit Sumalla, Josep M. "La política criminal como disciplina empírica y valorativa", Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, España, 2016, Pág. Pág.28.

²⁹⁶ Pérez Nieto, Luiz, "Prensa, Política Criminal y Opinión Pública: el Populismo en España", Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 2010, Pág. 67.

mecanismos: el fenómeno de la “agenda setting” (tematización de la agenda) y la técnica del “framing” (encuadre de la noticia)

Por agenda setting se entiende que es: “...*el proceso en que los medios, por la selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar...*”²⁹⁷, ejemplo de ello, es la correlación entre la atención mediática de la delincuencia y la preocupación de los ciudadanos por la inseguridad del país. Esto le permite la generación de la mercantilización del mundo criminal. Ahora bien, bajo la lógica de funcionamiento de los medios de comunicación, estos tienden a la problematización y sobredimensión de la delincuencia, repercutiendo de forma decisiva en la política criminal a adoptar, pues, utilizan el Framing²⁹⁸ a la hora de interpretar un hecho, ya que, le introduce el contexto o marco de referencia en que el mismo es encuadrado el hecho criminal convertido en noticia.

De ahí que, en el ámbito de la comunicación, la teoría del framing hace referencia a que los medios determinan no sólo que es lo “noticiable” sino también cómo pensar sobre ello. Esto es, a través del uso de determinados marcos de referencia e interpretación (“frames”), de ahí que los medios construyen una determinada imagen de la delincuencia²⁹⁹, del delincuente y de la justicia penal; imagen que es caldo de cultivo de una política criminal punitiva, pese a que no se corresponde con la realidad criminal.

²⁹⁷ García Arán, M, “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del código penal español entre los años 2000-2003”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Época 3, No. 1, Madrid, España, 2009, Pág. 264.

²⁹⁸ Guzmán Beltrán Ingrid Jovana, tesis “Framing aplicado: los encuadres mediáticos durante la campaña electoral presidencial de Colombia 2014”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2015, Pág. 118.

²⁹⁹ Igui Tamarit Sumalla, Josep M. “La política criminal como disciplina empírica y valorativa”, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, España, 2016, Pág.29.

Sobre lo anterior, un encuadre de la noticia caracterizado³⁰⁰ es: A) El protagonismo absoluto de la víctima, B) Deshumanización del delincuente, C) Pena como retribución, D) Desprecio de las garantías penales y procesales, E) imagen distorsionada de la justicia. Lo anterior, hacen que el fenómeno de la delincuencia por el uso agenda setting y el uso de la técnica del framing contribuyen a la construcción y difusión de una serie de mitos que favorecen una política criminal claramente punitivista³⁰¹ o de mano dura. En concreto, ante el mito de un aumento constante y desbordante de la delincuencia violenta, obra de delincuentes extremadamente peligrosos y frente a la que contamos con leyes extremadamente suaves o flexibles, la dirección político criminal solo podía ser punitivista, siendo muy frecuente que todo acabe con una solemne declaración política sobre la voluntad de modificación de la ley penal.

Por otra parte, los partidos políticos (de cierta ideología) en alianza con los medios de comunicación pueden influir en la sociedad, con la clara intención de controlar los espacios políticos y para ello, por un lado, aumentan la indignación y los miedos colectivos³⁰², y por otra parte, pretenden ganar la credibilidad al mostrarse con la capacidad institucional de controlar la situación, algo especialmente necesario en una etapa de desconfianza en los representantes públicos. También se puede usar para disipar de la agenda mediática un tema que les sea desfavorable.

³⁰⁰ Sanz Mulas, Nieves, "Política criminal", Instituto de Estudio e Investigación Judicial, Managua, Nicaragua, 2019, Pág. 104.

³⁰¹ García Arán, M, "Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del código penal español entre los años 2000-2003", Revista de Derecho Penal y Criminología, Época 3, No. 1, Madrid, España, 2009, Pág. 284.

³⁰² Sanz Mulas, Nieves, "Política criminal", Instituto de Estudio e Investigación Judicial, Managua, Nicaragua, 2019, Pág. 106.

Otras acciones realizadas por los medios de comunicación es la transmisión del discurso populista del Derecho penal que sólo busca generar en la opinión pública la imagen favorable de preocupación ante la delincuencia (Derecho penal simbólico)³⁰³, pero que en realidad no se combaten las causas que la generan. Por lo anterior, es necesario que los actores penales actúen con verdadera responsabilidad institucional, pues se están poniendo en juego los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para ello, deben dejar de asociar el cambio de la ley como mecanismo de solución que se traduce en una forma para ganar apoyos que se pueden transformar en votos para las elecciones de autoridades.

Para lograr lo anterior, en la doctrina se menciona la necesidad de crear instrumentos con la finalidad de limitar y controlar éticamente a los medios de comunicación, por la información que transmiten a la sociedad y para lograrlo se deben crear códigos deontológicos en los que se establezcan los deberes profesionales periodísticos, ejemplo de esta normativa es el Código Europeo de Deontología del Periodismo³⁰⁴.

Dicho cuerpo, busca evitar un crecimiento exponencialmente de informar innecesaria sobre hechos criminales, cuando los programas noticiosos o de entretenimientos, no verifican, ni comprueban oportunamente las noticias; además, deberán mostrarse imparciales en su exposición, descripción y narración de los hechos; por otra parte, se debe buscar el respeto de la presunción de inocencia, para que no sigan dándose los juicios paralelos; asimismo, se debe generar la tolerancia entre las personas, contribuyendo a

³⁰³ García Arán, M, "Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del código penal español entre los años 2000-2003", Revista de Derecho Penal y Criminología, Época 3, No. 1, Madrid, España, 2009, Pág. 287.

³⁰⁴ Aprobado por la Asamblea parlamentaria del Consejo Europa, en la ciudad de Estrasburgo, Francia, el día 1 de julio de 1993.

la eliminación del lenguaje de odio y a la discriminación de las personas, con la finalidad que las noticias sean verdaderas fuentes de consulta para la iniciación de proceso penales.

Sobre lo anterior, es importante destacar que los casos que se han seleccionado en la presente tesis, se originaron por medios noticiosos, ejemplo de lo anterior, si bien FESPAD estaba acompañando a las familias afectas por la contaminación con plomo de los pobladores del cantón sitio del niño, uno de los primeros medios que divulgó lo que posteriormente sería conocido como caso RECORD, fue la revista Enfoques de La Prensa Gráfica, del 15 de abril de 2007.

En cuanto al caso MOLSA y HARISA, este comenzó por las demandas de los pequeños productores de pan a quienes le dieron bastante cobertura y sobre ello el día 1 de abril de 2008 la Superintendencia de Competencia inició un procedimiento que llevo a la sanción de dichas empresas por haber concentrado el mercado. En cuanto al caso CEL- ENEL, primeramente, la Asamblea Legislativa creo una comisión especial para que investigara el contrato CEL-ENEL respecto al mercado energético de El Salvador y posteriormente al 4 de marzo de 2013 se generaron varios artículos periodísticos sobre el tema hasta que se presentó el requerimiento fiscal y el 25 de noviembre de 2013 se realizó la audiencia inicial.

Finalmente, cuando finalizó el mandato del Ex Presidente Saca en mayo de 2009, dicha persona fue señalada por los miembros de su partido de realizar actos antiéticos por lo que fue expulsado de partido ARENA, posteriormente, se realizaron innumerables artículos periodísticos sobre el mal manejo de fondos públicos en su administración, es así que, el 30 de octubre de 2016 la

Fiscalía ordenó la captura del expresidente por lo que se le proceso penalmente hasta su condena.

De los casos señalados, llama la atención que han sido tercera personas ajenas a las instituciones del sector justicia, las que han realizado investigaciones inclusive financieras y que, por presión de los medios de comunicación, es que se han judicializado los procesos mencionados. Sin embargo, vale la pena aclarar que hay ciertos sectores que si bien no cuestionan sobre la investigaciones periodísticas realizadas en los casos anteriores y en muchos otros, se tiene la percepción que muchos de estos medios realizan dichos artículos de forma selectiva, en contra de personas que tienen conflictos con los centros de poder del país, pero cuando atacan a los financistas de dichos medios, por lo general, no investigan las denuncias o tratan de matizar el contenido de la misma por lo que se pierde la imparcialidad periodística.

Otro actor importante en la política criminal, que la doctrina menciona, son las asociaciones de víctimas y los grupos de interés, pues, ante el tradicional trinomio de opinión pública “ciudadanía”, poder político y medios de comunicación, también se encuentra un sector atípico compuesto por varios “grupos de poderosos” o lobbies (asociaciones de diverso tipo) que también luchan por elevar los asuntos de su interés al debate público³⁰⁵ y que no necesariamente es con referencia al tema delincuencia, pues, tales actores solamente se mueven cuando dañan sus intereses, económicos y personales que se pueden dar en los delitos de secuestro, extorción, entre otros ilícitos.

³⁰⁵ Sanz Mulas, Nieves, “Política criminal”, Instituto de Estudio e Investigación Judicial, Managua, Nicaragua, 2019, Pág. 107.

De ahí que, este conjunto de sujetos (económicos, políticos, mediáticos y civiles) cada uno tiene su propio interés en fijar la agenda y con ello las principales prioridades (penales o comerciales) de su sector en detrimento de otro³⁰⁶, tal situación en ciertos momentos hacen ver el tema delincencial, como un grave problema social y que necesita pronta solución, lo que les permite cubrir con un manto de impunidad temas más trascendentales como la corrupción, educación, salud, pensiones, entre otros asuntos. Por otra parte, el papel de los lobbies de víctimas (pro-vida, terrorismo, violencia, seguridad vial, entre otras) en los últimos años ha impulsado reformas³⁰⁷ punitivas. De ahí que, si bien el discurso de víctima debe ser respetado, sin embargo, las instancias mediáticas y políticas lo consagran como la una expresión de la población, ignorando que la posición de la víctima es por definición parcial, y que la del Estado debe ser mediadora y racional.

4.1.5. La racionalidad de la construcción de normas penales de carácter económico versus el populismo punitivo.

Como se ha venido mencionando en el apartado de los actores, en especial sobre los medios de comunicación, el incremento de la preocupación sobre la delincuencia y la sensación ciudadana sobre la inseguridad, agregado al elevado riesgo a la victimización³⁰⁸ genera en la población una mala opinión del funcionamiento de los mecanismos ocupados en dar una respuesta a la criminalidad, y del sistema penal en concreto. Por ello, el Derecho penal en

³⁰⁶ Rando Casermeiro, Pablo, "La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual Aspectos globales y nacionales", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No.17-03, Universidad de Granada, Granada, España, 2015, Pág. 31.

³⁰⁷ García Arán, M, "Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del código penal español entre los años 2000-2003", Revista de Derecho Penal y Criminología, Época 3, No. 1, Madrid, España, 2009, Pág. 288.

³⁰⁸ Silva Sánchez, Jesús María, "La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales", 2º edición, Madrid, España, 2001, Pág. 32.

su conjunto es valorado negativamente, pues, el ciudadano común carece de conocimientos suficientes sobre éste, dada su complejidad técnica. Y es que, para la generalidad de personas, les parece ajeno el significado de las instituciones y garantías político-criminales, ya que, lo único que les importa es la eficacia³⁰⁹, ante el combate de la delincuencia la cual suele ser abordado conforme a su idea subjetiva de “justicia” y “castigo”. Por ese motivo, es perfectamente comprensible que el ciudadano, desprovisto de erudición sobre la materia y de las implicaciones del fenómeno delincencial, se vuelva inmedatista y busca que le den propuestas de soluciones rápidas (aunque no sean alcanzables en plazos cortos), y en razón de esto último, los políticos elaboran propuestas para una supuesta pronta actuación.

De ahí que, la estabilidad de las políticas y normas penales se encuentra bajo una constante presión por parte de una sociedad que exige y de políticos que aparentan preocupación, ante problemas o situaciones que consideran graves, en este contexto se vuelve recurrente la aplicación de medidas urgentes y basadas en criterios maximalistas³¹⁰ en detrimento de las garantías procesales que al final repercuten en el justiciable y en la ciudadanía en general. Suceden así reformas al Código Penal y legislación conexas, aprobadas rápidamente, que tienen por objetivo calmar a la población y mostrar la capacidad de reacción del Estado frente al delito³¹¹, aunque todo ello sea a costa del consenso nacional y de los postulados doctrinales de prevención, por ello no es de extrañar que las medidas más recurrentes es hacer reformas que giren en torno a que la detención

³⁰⁹ Borja Jiménez, Emiliano, “Estudios Penales y Criminológicos”, vol. XXIX, Galicia, España, 2009, Pág. 178.

³¹⁰ González Rodríguez, Marta, “El Derecho Penal desde una Evaluación Crítica”, “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, No. 10-11, Universidad de Granada, Granada, España, 2016, Pág. 7.

³¹¹ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Derecho Penal parte general, editorial Ediar, 2º Edición, Buenos Aires, Argentina, 1979, Pág. 169.

provisional se convierta en regla para tratar todos los delitos, además, se busca elevar las penas privativas de libertad, y de la agravación generalizada del Derecho penal.

Lo anterior, dejando de lado los estudios criminológicos, que son los que debieran orientar las reformas penales, pues, estos son sustituidos por la alarma social. En otras palabras, convierte al Derecho penal en un discurso populista³¹² orientado a la punición excesiva imparable que se agrava ante la ausencia de controles de naturaleza procedimental, lo cual está provocando en los últimos años lo que la doctrina ha denominado la crisis de legitimidad y racionalidad del legislador penal³¹³, la cual está impulsada por dos factores: el primero, por la actual política criminal autoritaria basada en el populismo punitivo que genera marginación y exclusión social y en segundo lugar, la pérdida de calidad de la ley en todas sus dimensiones a través de fenómenos como la legislación simbólica, hasta la presencia de niveles ínfimos de calidad técnico formal o de una legislación motorizada, que termina con uno de los valores inherentes a la racionalidad legislativa como es el de seguridad jurídica.

Para evitar lo anterior, parte de la doctrina plantea tomar como base la legitimidad y la racionalidad que ha inspirado a la Ciencia Penal³¹⁴ para que este sirva de freno al legislador, como principal remedio contra el populismo legislativo que está generando propuestas de carácter muy diverso pero con poco criterio científico. En ese orden de ideas, dentro de la teoría del

³¹² Muñoz Tejada, Julián Andrés, "Populismo punitivo y una "verdad" construida", Nuevo Foro Penal, No. 72, Medellín, Colombia, 2009 Pág. 26.

³¹³ Manrique María Laura, "La ley penal y la autoridad de la dogmática", Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, No, 31, Marsella, Francia, 2017 Pág. 3. <https://journals.openedition.org/revus/3760>, consultado 20:11 Horas del día 03/4/2020

³¹⁴ Muñoz Conde, Francisco, "Introducción al Derecho Penal", editorial BdeF, 1° Edición, Buenos Aires, Argentina, 2001, Pág. 187.

Derecho, desde hace años ha renacido la Ciencia de la legislación penal racional³¹⁵, anunciada por la irrupción hace algún tiempo de la técnica legislativa; otra disciplina que contribuye al cambio de valoración es la política, donde se han surgido conceptos y términos tan decisivos como el de buen gobierno (good governance)³¹⁶ y rendición de cuentas (accountability)³¹⁷ como métodos de evaluación de políticas públicas que permiten mejorar e innovar los procedimientos legislativos.

Y es que, no se debe olvidar, que el sistema de justicia penal se presenta ante la sociedad como un mecanismo para resolver los conflictos sociales, los cuales se deben afrontar racionalmente y sin prejuicios, equilibrando de esta manera la eficacia y las garantías constitucionales del Estado democrático, lastimosamente la opinión pública suele ser irreflexiva y visceral por el uso de la fuerza y el temor que genera el delito. De ahí que, se debe cambiar las actitudes puramente emotivas de los políticos, por otras racionales y para ello es necesario que los líderes de opinión de las distintas fuerzas políticas y sociales del país, la encaminen en ese sentido; pero, para hacerlo, primero necesitan reflexionar y atender a razones de dignidad humana.

Para materializar los postulados anteriores y poder limitar el populismo punitivo, primeramente se debe hacer estudios serios sobre el fenómeno de la criminalidad de este siglo, ejemplo de lo anterior el doctrinante David

³¹⁵ Arocena, Gustavo. “La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal”. Política criminal, N° 6, Talca, Chile, 2008 Pág. 9.

³¹⁶ Arrieta, Javier Doria, “La adopción de buenas prácticas administrativas en los sectores público y privado como estrategia de prevención de actos de corrupción”, Revista digital de Derecho Administrativo, No. 21, 2019, Pág. 447.

³¹⁷ Ruas, Juan Carlos (Junior), “Estado penal y ministerio público en Argentina: hacia un análisis normativo y cultural del fenómeno punitivo (y cómo debería solucionarse)”, Revista Crítica Penal y Poder, No. 17, Barcelona, España, 2019, Pág. 65.

Garland, en su trabajo sobre la cultura del control, ha puesto de manifiesto que la política criminal contemporánea (específicamente analiza a los Estados Unidos y Reino Unido) se encuentra marcada por una profunda politización y que exagera el populismo en especial el punitivo³¹⁸, por la cual, las decisiones sobre asuntos referentes al control del delito son adoptadas atendiendo a una búsqueda de una gran impresión en la opinión pública con la intención de obtener apoyos electorales. Esto ha significado una menor consideración de un abordaje crítico de la dogmática y de la criminología, con una evidente intención de ignorar las explicaciones que proporcionan las investigaciones de estas disciplinas como elementos relevantes en la decisión político criminal.

De ahí que, contrariando a los estudios científicos, por lo general los políticos apelan constantemente al sentido común y a la autoridad del pueblo³¹⁹, que reclama medidas contundentes. Aún más, ocurre incluso que los poderes públicos (en especial los que tienen que ver con la persecución del delito) al unísono fomentan activamente tales demandas ciudadanas, sirviéndose de ellas con fines más propagandísticos que favorables al combate de la delincuencia, ya sea para dar la impresión de eficacia frente al delito, o para desviar la atención.

Respecto a este fenómeno de politización y descrédito a las opiniones de expertos en materia delincencial y al control del ilícito, señala que esta dinámica conlleva aun limitado y empobrecido debate social³²⁰, pues, los

³¹⁸ Garland, David, "La cultura del control, Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea", editorial Gedisa, 1º Edición, Barcelona España, 2005, Pág. 31.

³¹⁹ Muñoz Tejada, Julián Andrés, "Populismo punitivo y una "verdad" construida", Nuevo Foro Penal, No. 72, Medellín, Colombia, 2009 Pág. 36.

³²⁰ Vera Vega, Jaime, "Algunas notas sobre el programa político-criminal de la constitución a la luz de los nuevos modelos político-criminales", Revista de Derechos N° 8, Valparaíso, Chile, 2012, Pág. 186.

abordajes se vuelven simplistas y uniformes de los mismos, que se empeora por la exclusión de puntos de vista y alternativas plurales de otras personas que podrían contribuir a las soluciones de los problemas delincuenciales. Agregado a lo anterior, en los últimos años los actores políticos ya no atienden a responder a su propia identidad ideológica, sino que se dirige a demostrar de cara al público quienes son más duros y quienes hacen las propuestas más fuertes para controlar la criminalidad.

Por esa razón, en la actualidad tenemos políticas encaminadas a la expansión del Derecho penal en ámbitos relacionados con la seguridad pública, los cuales no se encuentran ligadas a ninguna ideología política³²¹ en concreto (liberal, centro o socialista), sino a quienes son los más capaces de gobernar y que pueden manejar el fenómeno delincencial. Lo cierto es que, a través del discurso de la inseguridad, ampliamente predicada en los más diversos sectores de la sociedad (medios de comunicación, poderes públicos y facticos, partidos políticos, y otros actores) son abordadas con distintos propósitos, pero que a final de cuentas acaba conformando una opinión generalizada de vulnerabilidad frente a la delincuencia, miedo e injusticia subjetiva o desconfianza en la labor judicial o de la administración pública en general.

Sobre lo anterior, si bien todavía no se ha encontrado conclusiones claras y unánimes sobre el impacto que generar los actores mencionados, pero se puede inferir el papel crucial que han jugado los medios de comunicación en la difusión del discurso populista criminal³²². Pese a lo anterior, en un Estado Social Constitucional y Democrático de Derecho no se puede legislarse por

³²¹ Silva Sánchez, Jesús María, "La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales", 2º edición, Madrid, España, 2001, Pág. 70.

³²² Garland, David, "La cultura del control, Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea", editorial Gedisa, 1º Edición, Barcelona España, 2005, Pág. 85.

impulso, reaccionariamente o exclusivamente a través de grupos de presión difusos o que carecen de conocimientos sobre las consecuencias de determinadas modificaciones legislativas, por ello, los llamados gestores atípicos de la moral colectiva³²³, al exigir más Derecho penal, deben ser más racional y no por agendas de terceras personas, ya que, esto último alienta a un proceso inflacionista de miedo y reformas irracional y cíclico de modo tridimensional, en un contexto en el que ciudadanos, gobernantes y medios de comunicación que dan la apariencia de entenderse perfectamente en el mismo lenguaje, pero que en realidad no resuelven los problemas estructurales de la sociedad que lo ha aquejado por años, y por el contrario pueden empeorarlos por las siguientes razones:

En primer lugar, como ya se mencionó anteriormente pero que es recurrente en la doctrina, la situación que estamos presentando provoca un empobrecimiento y limitado debate social sobre las posibles soluciones a los problemas de la criminalidad³²⁴ en todas sus expresiones (incluso la económica y de corrupción) y que se pretenden atender, en segundo lugar, el empeño por parte de los políticos en satisfacer las demandas de su electorado en especial al sector que representan, así como de los medios de comunicación³²⁵ por alcanzar altos niveles de audiencia, conduce a elevar la preocupación social del delito frente a disfunciones sociales inexistentes o que, al menos, no revisten la gravedad o trascendencia que estos actores pretenden darle de cara al público.

³²³ Silva Sánchez, Jesús María, "La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales", 2º edición, Madrid, España, 2001, Pág. 67.

³²⁴ Muñoz Tejada, Julián Andrés, "Populismo punitivo y una "verdad" construida", Nuevo Foro Penal, No. 72, Medellín, Colombia, 2009 Pág. 33.

³²⁵ Garland, David, "La cultura del control, Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea", editorial Gedisa, 1º Edición, Barcelona España, 2005, Pág. 264.

Por ello, el miedo se vuelve en la renovada obsesión por la seguridad y la demanda de medidas penales para aplacar dichos temores han traído consigo un cambio de paradigma sustancial, pues, si durante el siglo XX el Estado social y protector se había edificado sobre la base del reconocimiento progresivo de nuevos derechos, y donde el Derecho penal “clásico” construyó su teoría sobre la idea de la necesidad de asegurar la libertad de los individuos frente a los desmanes del Estado.

En la actualidad parece que se está desarrollando la tendencia contraria, ya que, se están creando políticas restrictivas de derechos y libertades de los individuos. Lo anterior, ha llevado a plantear un Derecho penal de tercera velocidad o del enemigo³²⁶, el cual atraído consigo una transformación ideológica del endurecimiento de la política criminal, pues en primer lugar busca un adelantamiento de la punibilidad, penas más altas y la relativización o supresión de las garantías procesales³²⁷. De ahí que, el cambio de papel ha sido tanto del Estado como del ciudadano, aunque es mucho más notorio en el caso de este último.

De ahí que, para Garland el cambio de las actitudes ciudadanas hacia el Estado se debe a que: “...*la demanda de protección del Estado ha sido desplazada en forma creciente por la exigencia de protección por el Estado...*”³²⁸. Y es que, para la Ciencia Penal en los últimos años ha identificado que, en la percepción de la población, el Estado ya no se presenta como un leviatán que amenaza sus libertades, y, por el contrario, lo

³²⁶ Silva Sánchez, Jesús María, “La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”, 2º edición, Madrid, España, 2001, Pág. 163.

³²⁷ Günther Jakobs, “Derecho Penal del Enemigo”, traducido por Manuel Cancio Melia, 1º Edición, editorial Civitas, Madrid, España, 2003, Pág. 79.

³²⁸ Garland, David, “La cultura del control, Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea”, editorial Gedisa, 1º Edición, Barcelona España, 2005, Pág. 48.

considera como un arma de este, dispuesto a defenderlos de los peligros y de los grandes problemas de la criminalidad, por ello, la población en general tiene cada vez menos interés en que el Estado guarde su fuerza represiva siempre que este los defienda³²⁹. En ese contexto, los ciudadanos permiten cada vez más la represión institucionalizada a la hora de luchar contra los supuestos peligros de la vida y el resquebrajamiento de la norma, pues, la misma población requieren del Estado, de forma exigente y a veces amenazante, el uso de los medios coercitivos del Estado con la finalidad de que este los proteja y les brinde su seguridad.

Sin embargo, por parte de la doctrina y otras disciplinas sociales han sostenido que carece de sentido someter al Derecho penal a cargas y tareas para las que no ha sido concebido; ya que, este mecanismo de control es inapropiado para enfrentar el miedo y la inseguridad puramente sentida³³⁰, y desde luego, tampoco es la panacea para la solución de los problemas sociales. Y es que, si bien no se discute su necesidad, pero si su utilización indiscriminada en áreas donde es innecesario su intervención, o su exasperación más allá de lo necesario o conveniente, puesto que se debe recordar que este tiene un carácter subsidiario o de mínima intervención³³¹, pues en estos casos su eficacia no puede ser más que simbólica. Por ello, se puede decir que, ante la falta de una política criminal racional, se vislumbra claramente las inconsistencias y carencias de los propulsores de las reformas penales de tipo mano dura.

³²⁹ Díaz Gómez, Andrés, “Líneas político-criminales de la ejecución penal de personas condenadas por delitos de terrorismo”, Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal, Editorial, Ratio Legis, Salamanca España, 2016, Pág. 207.

³³⁰ Hassemmer, Winfried, “Crítica al Derecho Penal de Hoy Norma, interpretación, Procedimiento. Límites de la prisión preventiva”, editorial; Ad-Hoc, 2º edición, 1º reimpresión Buenos Aires, Argentina, 2003, Pág. 59.

³³¹ Muñoz Conde, Francisco, “Introducción al Derecho Penal”, editorial BdeF, 1º Edición, Buenos Aires, Argentina, 2001, Pág. 107.

Ahora bien, no se puede negar que existe una tendencia, por una parte, que se amplíe el arbitrio para decidir si procede una intervención y cómo realizarla, ofreciendo un modelo reaccionario desligado de los principios y garantías del Derecho penal, con el fin de conseguir mayor flexibilidad y supuesta eficacia³³². No obstante, con ese proceder se infringe el principio de proporcionalidad entre la reacción y la infracción, así como la seguridad jurídica, ante la imposibilidad de determinar los presupuestos y las consecuencias del hecho cometido³³³. Y es que, el fomento de visiones excluyentes de la racionalidad y que promueven la estigmatización de ciertos colectivos sociales criminalizan la pobreza, en este contexto descrito encontramos que estamos frente a un panorama político criminal con tres problemas generales: déficit democrático, déficit de racionalidad de las decisiones legislativas en materia penal y generación de mayor exclusión y marginación social.

Para cambiar esto último y generar legitimidad, racionalidad y justificación de las normas penales, la política criminal debe girar en otra dirección, es decir, sobre la prevención del delito y la reinserción del ciudadano a la vida productiva³³⁴, puesto que las normas penales únicamente se pueden justificar si están en función de generar más libertades al ciudadano y no sacrificarlas por una aparente seguridad. Por ello, en la medida que su fundamentación ha de estar basada en el mantenimiento de las condiciones esenciales que permiten el desarrollo de la persona humana en dignidad, la

³³² Silva Sánchez, Jesús María, "La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales", 2º edición, Madrid, España, 2001, Pág. 74.

³³³ Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General Tomo I", Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º edición, 1º Edición Civitas, Madrid, España, 1997, Pág. 67.

³³⁴ Tamarit Sumalla, Josep M. "La política criminal como disciplina empírica y valorativa", Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, España, 2016, Pág. 24.

prioridad de la libertad³³⁵ sólo puede ser restringida si es a favor de la misma y no por cuestiones de temores meramente especulativos.

Ahora bien, en la actual crisis de calidad y racionalidad provocada por el populismo punitivo, también se debe agregar un problema más, y es que ha coincidido con la pérdida de soberanía de las asambleas legislativas nacionales que se está produciendo como consecuencia del fenómeno de la globalización jurídica³³⁶, lo cual aunado a la crisis de legitimidad (al cual nos hemos referido anteriormente) que tiene también una manifestación interna especialmente aguda, pues, cada uno de los partidos políticos (independientemente de su ideología) defiende una política criminal con el fin de obtener una rentabilidad política. Esta degradación de la Política criminal abre el paso al populismo penal y a fenómenos como el ejercicio descontrolado y poco transparente de los lobbies y al abandono de toda regla de la idea de racionalidad de la ley.

Para evitar lo anterior, una parte de la doctrina menciona la obligación de retomar los postulados Constitucionales para solucionar el problema de la racionalidad y legitimidad de las leyes penales el cual se puede ejercer control preventivo y represivo³³⁷. Y es que, este cuerpo normativo establece los parámetros de actuación del legislador penal, así como las facultades que tienen los jueces quienes son los encargados de salvaguardar los desvíos en que pueda incurrir el legislador. Asimismo, la respuesta no puede ser otra

³³⁵Vera Vega, Jaime, "Algunas notas sobre el programa político-criminal de la constitución a la luz de los nuevos modelos político-criminales", Revista de Derechos N° 8, Valparaíso, Chile, 2012, Pág. 213.

³³⁶ Silva Sánchez, Jesús María, "La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales", 2° edición, Madrid, España, 2001, Pág. 88.

³³⁷ Guilherme Marinoni, Luiz, "Control de Constitucionalidad", 1° Edición, Editorial Cuscatleca, 2014, Pag.59.

que la fundamentación constitucional del derecho penal, pues ya en la misma se han establecido los controles y límites al ius puniendi del Estado.

En ese orden de ideas, si la constitución garantiza un canon de racionalidad considerable, pero no asegura una legislación plenamente racional y que no existan desaciertos en el control judicial. Ante tal situación, otra parte de la doctrina en los últimos años, ha elaborado otras propuestas que tratan de superar la actual crisis de legitimidad y racionalidad de la ley y, en especial, de la ley penal. Uno de sus exponentes es el jurista Paredes Castañón³³⁸, quien ha propuesto los que ha denominado “Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal”, siendo estos lineamientos que sirven para justificar la racionalidad del contenido directivo de una norma jurídico-penal prescriptiva la cual debe ser afrontada con la mayor reflexión posible, (en el presente trabajo las hemos agrupado en cuatro puntos fundamentales), estas serán descritas a continuación:

La primera es que las leyes penales, deben tener una justificación moral³³⁹ y de justicia³⁴⁰ de la racionalidad del contenido directivo de la misma, es decir, indicar y construir una moralidad crítica acerca de la sociedad y a su vez una teoría de la justicia³⁴¹ que ha de referirse a los papeles del Estado, del

³³⁸ Paredes Castañón, José Manuel, “Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal”, Revista Penal México, No. 7, Distrito Federal, México, 2015, Pág. 118.

³³⁹ Reglas Nos. 10, 11, 12, 13, 14, 18, 20, 21, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 87, 88 y 90 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

³⁴⁰ Reglas Nos. 12, 14, 39, 41, 45, 52, 58, 62, 63, 64 y 65 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

³⁴¹ Reglas Nos. 12, 15, 39 y 45 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

Derecho y del Derecho prohibitivo que pueden estar justificados desde el punto de vista moral. Esta justificación entraría a valorar lo que se denomina la racionalidad ética o axiológica de la ley, pues, para que una incriminación sea justa, deben establecerse criterios para distinguir entre los casos en los que se justifica recurrir al Derecho Penal y aquellos otros en los que no procede.

La segunda es una justificación jurídica³⁴² y de validez³⁴³, la cual procura la compatibilidad del contenido directivo de la ley con el sistema jurídico al que pretende incorporarse, esta debe girar en dos sentidos diferentes pero integrantes a la vez: por una parte, se debe orientar sobre la base de compatibilidad del contenido directivo de la norma con otras del mismo rango (y, eventualmente, contenidos directivos distintos, y aun contradictorios); por otra parte, la compatibilidad entre dicho contenido directivo y el de otras de rango superior ejemplo de ello, es el sistema piramidal donde la constitución es la norma fundamental y de ella deviene las demás leyes y normativas de rango inferior.

La tercera es una justificación política³⁴⁴ y de legitimidad³⁴⁵, siendo esta la adecuación del contenido directivo de la ley a la estructura social en la que ha de ser aplicada y a las bases del sistema político del que surge. Se

³⁴² Reglas Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 53, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 75, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85 y 89 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

³⁴³ Reglas Nos. 16, 37, y 85 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

³⁴⁴ Reglas Nos. 6, 7, 11, 18, 20, 23, 25, 30, 32, 33, 39, 44, 61 y 65 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

³⁴⁵ Regla No. 11 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

pueden establecer límites basados en la incoherencia: primero, la generalizada falta de justificación del Derecho Penal puramente promocional: esto es, de aquél que pretende imponer en la sociedad una norma o institución completamente ausente anteriormente de la misma; segundo, se debe exigir que la ley penal revista cuando menos el mismo grado de legitimidad.

Finalmente, la cuarta es una justificación instrumental³⁴⁶ de eficiencia³⁴⁷ y eficacia³⁴⁸, en tanto que los efectos del contenido directivo de la acción legislativa, deben analizarse sobre la base de los costes, beneficios y de resultados esperado. Esta justificación que es en la que se centra, esencialmente, la Ciencia de la legislación, porque parte del hecho de que podemos tener una ley plenamente satisfactoria desde el punto de vista de los valores, bien redactada y adoptada por un procedimiento legislativo impecable, pero aun así puede resultar ineficaz. Por esta razón, el cuarto tipo de racionalidad que debe buscarse es que esta sea también pragmática³⁴⁹.

Otro modelo que permitiría mejorar la creación de las leyes penales, la podemos encontrar en los postulados del jurista Nieto Martín, al mencionar que: *"...la Ciencia de la legislación ha de tener un programa máximo, que analiza también las elecciones del legislador y, más concretamente, los fines que pretende alcanzar mediante su programa de acción. Es decir, un*

³⁴⁶ Reglas Nos. 10,11, 20,43, 55, 73, 75, 82, 83, 84, 85, 86, 88 y 90 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

³⁴⁷ Reglas Nos. 87 y 89 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

³⁴⁸ Reglas Nos. 9, 82, 87 y 89 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

³⁴⁹ Reglas Nos. 29 y 30 del Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia pena.

*contenido que engloba sin duda la política legislativa y, en nuestro caso, la política criminal...*³⁵⁰.

Sobre lo anterior, podemos decir que la Ciencia de la legislación, debe estar centrada en la justificación jurídica, instrumental y la gobernanza, pues, su metodología debe estar basada en principios de apertura, transparencia, responsabilidad, participación, eficacia y coherencia, que tiene pretensiones más amplias a las de hacer buenas leyes, pero que comprende sin duda en su ideario el aumento de la calidad y eficacia de la legislación y la mejora de los procesos de toma de decisiones de las instituciones pública. En relación a ello, el buen gobierno está ligado a la adopción de políticas públicas y de iniciativa privada basadas en evidencias empíricas y que por tanto pueden y deben ser refutadas de un mismo modo mediante instrumentos de las ciencias sociales como los barómetros o los compliance.

Del mismo modo, la anterior propuesta debe gira en torno a conectar la ley penal con el paradigma de racionalidad, pero bajo la dirección de normas éticas³⁵¹. De ahí que, estos cauces están sometidos a dos criterios de calidad, el primero, es la participación de la sociedad democrática, donde una norma o ley solamente es legítima si todos los afectados tienen oportunidad de participar en su proceso de elaboración³⁵² y además pueden hacerlo en igualdad de condiciones. En ese marco, la exigencia de que la participación de todos los afectados se haga en igualdad de condiciones, pues esto permitiría transparentar el procedimiento legislativo y a su vez

³⁵⁰ Nieto Martín, Adán, “Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental”, Derecho Penal y Criminología, Año VI, Nº 07, Bogotá, Colombia, 2016, Pág. 15.

³⁵¹ Vélez- Rodríguez, Luis A. “Política Criminal y Justicia Constitucional, editorial Tirant Lo Blanch, 1º Edición, Valencia, España, 2016, Pág. 276.

³⁵² Díez Ripollés, José Luis, “Política Criminal y Derecho Penal, Editorial Tirant Lo Blanch, 2º Edición, Valencia, España, 2013 Pág. 210.

previene el lobby. En segundo lugar, el pilar de la propuesta es la deliberación, según esta teoría, la toma de decisiones sólo es legítima cuando los que van a adoptarla cumplen con una serie de deberes de lógica y argumentación en la creación de los cuerpos legales.

Por ello, el modelo propuesto por Nieto Martín, tratará de poner en relación la democracia deliberativa y la evaluación con los principios de reserva de ley y proporcionalidad obedeciendo a la estrategia de control del legislador penal, pues, la profundización en la reserva de ley nos lleva al tipo de control constitucional que plantea menos dificultades al momento del control procedimental.

De ahí que, este tipo de control no juzga los contenidos y las decisiones del órgano legislativo, sino el modo en el que ha justificado y razonado sus decisiones, y en qué medida el procedimiento cumple con unos estándares de calidad, destinados a asegurar la participación de los beneficiados y afectados por el nuevo instrumento legal.

Pero, el incremento de deberes de argumentación que van a formar parte de la reserva de ley, dejara evidencias empíricas en el procedimiento legislativo mediante una evaluación ex ante, y durante la vigencia de la ley aprobado mediante una evaluación ex post³⁵³, que permitirán un mayor control real, con el principio de proporcionalidad, pues lo que se trata es desvelar los controles constitucionales.

³⁵³ Nieto Martín, Adán, “Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental”, Derecho Penal y Criminología, Año VI, Nº 07, Bogotá, Colombia, 2016, Pág. 24.

En esa misma línea de pensamiento, el incremento de las exigencias procedimentales permite una mayor eficacia del control de proporcionalidad, siempre que sea bajo tres contenidos sustanciales, el primero se trata de un proceso adecuado que permita la participación de los interesados (beneficiados y afectados), el segundo busca que el procedimiento sea transparente con el fin de que permita la rendición de cuentas y el tercero, tiene como objetivo prioritario reducir el poder del órgano ejecutivo en la toma de decisiones político criminales en todos los ámbitos (penal clásico, o económico)

Dicho de otro modo, el principio de proporcionalidad, que examina el control constitucional de la ley, según el modelo Nieto Martín implica contrastar cuatro asuntos diferentes³⁵⁴:

a) La existencia de un interés público relevante o de interés general, que para el derecho penal amerita protección, es decir, analizar si estamos en presencia de bienes jurídicos fundamentales que pueden ser dañados o puestos en peligro; b) La idoneidad de la prohibición y de la sanción para conseguir una mayor protección del bien y que esto no implique restarle libertad al ciudadano; c) La no existencia de alternativas menos gravosas que presten una protección semejante al bien jurídico (pues si otro ordenamiento como el civil, mercantil, laboral, entre otros, lo protege de forma efectiva, no es necesaria la protección penal) y d) La proporcionalidad en sentido concreto, que requiere que los costos que origina la prohibición y la pena sean razonables atendiendo al fin que se persigue y al grado de consecución de esta finalidad, lo permitiría no introducirle más carga al

³⁵⁴ Nieto Martín, Adán, “Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental”, Derecho Penal y Criminología, Año VI, Nº 07, Bogotá, Colombia, 2016, Pág. 29.

Estado o que al final de cuentas se convierta en una norma simbólica de nula aplicación.

De ahí que, la evaluación, elaborada por este doctrinante, ayuda a remediar la carencia más importante del principio de proporcionalidad en el ámbito penal, siendo la falta de base empírica, que ha llevado a todos los Tribunales Constitucionales a utilizar este principio de manera extraordinariamente conservadora.

4.2 Políticas criminales de la corrupción en el sector privado en Europa y América.

Como se ha hecho mención anteriormente, la ONU siendo el principal actor internacional, a través de los Arts. 12, 21, 22 y 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³⁵⁵, estableció las bases fundamentales de la Política Criminal en los que respecta el sector privado detallando la necesidad de creación del tipo penal, los órganos de control y los mecanismos de vigilancia en especial los de carácter contables y tributarios.

Ahora bien, al examinar el abordaje de esta temática desde la producción jurídica europea y americana, se puede inferir que los primeros incluso antes del instrumento jurídico internacional, regionalmente ha existido una preocupación por regular la corrupción en el mundo de los negocios, pues, mediante la Acción Común³⁵⁶, y la Convenio Penal sobre la Corrupción del

³⁵⁵ Convección de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, Organización de las Naciones Unidas, suscrita por El Salvador el día 27 de marzo de 2004, ratificada mediante Decreto Legislativo No. 325, de fecha 29 de mayo de 2004 y publicada en el Diario Oficial, No 131, Tomo No. 364, de fecha 14 de julio de 2004.

³⁵⁶ Acción Común del Consejo de la Unión Europea del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado, se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/legal->

Consejo Europeo³⁵⁷ hay una clara orientación a prevenir y sancionar puntualmente dos conductas esta son la corrupción activa y pasiva, además obliga a los Estados a reformar sus instituciones y normativas jurídicas, pero introduce la necesidad de que las personas jurídicas respondan penalmente sobre las conductas delictivas, por ello, en la actualidad la mayoría de países de Europa han realizados las reformas penales para criminalizar la corrupción en los negocios.

Por otro lado, en la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana contra la Corrupción, es el único instrumento regional que habla de la temática, sin embargo, en dicho instrumento se centró en el combate a la corrupción pública, lo cual demuestra que, en este lado del mundo, no es prioridad realizar una política penal americana para hacer frente a esta clase de ilícitos.

Ahora bien, vale la pena aclarar que el Sistema de Integración Centroamericano en el Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, habla sobre la corrupción privada, sin embargo, esta tiene directrices generales, es decir, no aclara sobre cómo hacer las acciones pertinentes encaminadas a desarrollar dicha norma, es decir, crear o modificar leyes e instituciones, de ahí que tal convenio carece de desarrollo por los países de la América Centra y en especial de El Salvador.

content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998F0742&from=ES, consultado el día 06/04/2020 a las 18:00 horas.

³⁵⁷ Convenio Penal sobre la corrupción del consejo Europeo, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135, consultado el día 06/04/2020 a las 18:10 horas.

Pese a lo anterior, se puede decir que los países de América del Sur, entre ellos Colombia³⁵⁸, Argentina³⁵⁹, Perú³⁶⁰ y Chile³⁶¹, han realizado propuestas de políticas criminales en caminadas a prevenir y sancionar prácticas corruptas en el sector privado, los dos primeros países por iniciativa propia y los otros dos restantes para darle cumplimiento a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

CAPÍTULO V

ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN SOBRE POLÍTICA CRIMINAL DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO DE EL SALVADOR

Este capítulo tiene como propósito explicar la regulación salvadoreña sobre la corrupción en el sector privado, en primer lugar estudia los lineamientos constitucionales de los Arts. 101 Inc. 2°, 102 Inc. 2°, 103 y 110 Inc. 2°, 144, 149 y 240 Cn., los cuales permiten crear una política criminal económica, también se hace un análisis de las repercusiones por no implementar adecuadamente los Arts. 12, 21 y 22 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y se reflexiona la legislación secundaria vigente que tiene relación contra los delitos de corrupción en El Salvador.

³⁵⁸<http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/index.xhtml?jsessionid=249ca76ad374d799907d911324a0>, Diario Oficial de Colombia, No. 48.128, del día 12 julio de 2011 Pág. 3

³⁵⁹ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/63488/20111228?busqueda=1>, Ley No. 26. 733, publicado en Boletín Oficial de Argentina de fecha 28/11/2011 y modificado por Decreto No. 169/2012, Boletín Oficial de fecha 06/02/2012.

³⁶⁰ https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/192144/DL_1385.pdf, Decreto Legislativo No. 1385, publicado Diario Oficial de Perú, el día 4 de septiembre de 2018, Pág.9.

³⁶¹ <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/11/20/42209/01/1497488.pdf>, Diario Oficial de Chile No.42.209, del día 20 de noviembre de 2018, Pag.6

5. Estado actual de la regulación sobre la corrupción en el sector privado de El Salvador

5.1. Generalidades de la normativa salvadoreña.

De acuerdo a la teoría general del derecho, el sistema jurídico interno de los países está estructurado de forma escalonada³⁶², lo anterior permite un orden jerarquizado de normas formales, que en el pilar más alto, está la ley fundamental y le siguen las normativas secundarias y así subsecuentemente, lo apuntado, permite revestir de valides a las normas del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para la producción de las mismas debe existir una fuente³⁶³ común creadora, por ello, acertadamente Kelsen mencionaba que: *“...El ordenamiento jurídico no es un sistema de normas situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídica. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuyo producción a su vez está determinada por otra (...) se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la Constitución...”*³⁶⁴

³⁶² Torr  Abelardo “Introducción al derecho, editorial Abeledo Perrot, 14  edición, Buenos Aires Argentina, 2003, Pág. 253.

³⁶³ Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, San Salvador, 1998, Pág. 43.

³⁶⁴ Kelsen Hans, “Teoría pura del derecho”, Centro Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2013, Pág. 231.

El anterior pensamiento, permitió a Adolf Merkl³⁶⁵ discípulo de Kelsen comparar los postulados de su profesor, en una estructura piramidal donde la parte más alta del escalón esta la Constitución³⁶⁶, le siguen las leyes secundarias, después los decretos, reglamentos, ordenanzas, circulares, hasta llegar a las normas individualizadas como son las resoluciones judiciales, en razón de ello, el presente capítulo será desarrollado bajo el referido parámetro, como una forma de analizar lógicamente las normas jurídicas salvadoreñas que previenen, regulan, investigan y sancionan el fenómeno de la corrupción.

5.2. Estado actual de la regulación constitucional sobre el orden económico.

Como se mencionó anteriormente, el ordenamiento jurídico tiene una ley suprema que en nuestro caso es la Constitución de la República de El Salvador de 1983³⁶⁷, dicho cuerpo normativo sienta las bases fundamentales de la política del Estado salvadoreño en todos sus aspectos y para tal efecto se compone de once títulos, el primero tiene que ver con la persona humano, como el fin primordial del Estado, el segundo es con respecto a los Derechos y Garantías fundamentales de primera generación que tienen todas las personas, asimismo los derechos sociales como la familia, el trabajo, la educación y la salud pública, el tercero es la organización territorial del país, el cuarto es la regulación de la nacionalidad y el estatus jurídico de los extranjeros, el quinto trata sobre el orden económico (el cual

³⁶⁵ Torré, Abelardo "Introducción al derecho, editorial Abeledo Perrot, 14° edición, Buenos Aires Argentina, 2003, Pág. 255.

³⁶⁶ El Art. 144 Inc. 2° parte final Cn., encontramos el principio de supremacía constitucional pues dicha norma literalmente prescribe "En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado".

³⁶⁷ Decreto Constituyente N° 38 del día 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo 281, del día 16 de diciembre de 1983.

nos referiremos más adelante), el sexto son los órganos de gobierno, el séptimo es el régimen administrativo, el octavo es la responsabilidad de los funcionarios públicos, el noveno es sobre los alcances, reformas y derogatorias, el décimo son las medidas transitorias y finalmente, la onceava es la entrada en vigencia de la constitución.

De ahí que, al profundizar los postulados anteriores en el área económica tenemos que los Arts. 2, 22, y 23 de la Constitución de la República, reconocen el derecho a la propiedad, posesión, a la libertad de contratar y disponer de sus bienes, por lo que, el Estado debe garantizar la conservación de los mismos; ahora bien, dichas prerrogativas individuales tienen sus límites³⁶⁸ el cual lo encontramos en el Título V, cuyo epígrafe el constituyen salvadoreño le denominó: “Orden Económico”, dicho apartado regula los bienes jurídicos de carácter económicos y más fundamentales que merecen protección Estatal debido a su importancia, por lo que, cualquier normativa que se pretenda crear (inclusive la penal) deberá respetar dichos estándares constitucionales.

Del mismo modo, para la creación de una política criminal económica y específicamente en corrupción en el sector privado, además de tomar los artículos arriba señalados, también se deben revisar los artículos 101 Inc. 2°, 102 Inc. 2°, 103 y 110 Inc. 2° de la Constitución de la República, los cuales garantizan la protección y distribución equitativa de la riqueza, la propiedad privada en función social, la libertad empresarial, la protección al consumidor y la prohibición del Monopolio³⁶⁹. Y es que, dichos objetos jurídicos cobran relevancia en el ámbito penal económico, ya que, son la barrera protectora

³⁶⁸ Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, San Salvador, 1998, Pág. 794.

³⁶⁹ Bertrand Galindo, Francisco, Óp. Cit. Pág. 794

de los derechos patrimoniales, laborales, de consumidores, ahorrantes y demás sujetos que se dedican a la actividad productiva nacional. Lo anterior, supone la intervención de las agencias del Estado en la regulación económica de forma amplia en las relaciones jurídicas de la producción y distribución de bienes y servicios sobre todo cuando son realizadas por los grandes empresarios nacionales e internacionales.

Sobre lo anterior, la Sala de lo Constitucional se ha pronunciado y con respecto a la libertad económica ha dicho que se encuentra relacionado con el proceso productivo del país en tres grandes etapas, la primera referida a la producción de bienes y servicios destinados al consumo, la segunda es la distribución de los mismos para el alcance de los consumidores en el tiempo requerido y el tercero es la utilización y aprovechamientos de los bienes generados, pues, esto último constituye una gran red de personas que participan en la actividad económica para satisfacer las necesidades nacionales³⁷⁰. En ese sentido, podemos decir que los procesos antes mencionados cuando se hacen en libertad, no requieren mayor regulación a menos que puedan ser lesionados o puestos en peligro.

De la misma manera, dicha sede judicial ha reflexionado que la libertad económica se encuentra garantizada por la Constitución, y no puede ser arbitrariamente determinada o condicionada, ya sea, por algún órgano Estatal, mucho menos por los particulares, pues, en caso de inobservancia deberán ponerse en marcha los mecanismo de protección para evitar su vulneración, y en caso de haberse lesionado tal principio constitucional, se deberán buscar los medios para la restitución y posterior sanción de los

³⁷⁰ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 2-92 de fecha 26 de julio de 1999.

infractores³⁷¹. Dicho de otro modo, la libertad económica individual únicamente puede existir con la sujeción de una serie de limitaciones constitucionales y legales encaminadas a asegurar una armonía con todos los derechos de la población.

Por otra parte, si bien no existe un artículo concreto en la Constitución que desarrolle los delitos de corrupción. Sin embargo, de conformidad a los Arts. 12, 19, 27, 28, 159, 193, 236, 237, 238, 239, 241, 243 y 250 Cn, hay una clara intención del constituyente salvadoreño en prevenir y sancionar los hechos delictivos independientemente del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, ya que, determina las funciones de cada institución en el combate de la delincuencia, por lo que, se debe entender incluidos los delitos de corrupción tanto en el ámbito público como en el sector privado, esto último tomando los parámetros de los ya mencionados Art. 2, 22, 23, 101 Inc. 2°, 102 Inc. 2°, 103 y 110 Inc. 2° Cn.

5.3. Tratados ratificados por El Salvador que prescriben sancionar los ilícitos de corrupción privada.

Primeramente, hay que recordar que el Art. 144 Cn., literalmente prescribe: *"...Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución..."*. De acuerdo a la doctrina salvadoreña, una vez el tratado ha pasado por todas sus etapas de negociación, firma, aprobación y ratificación, adquieren el rango de ley, desde el momento en que entra en vigencia, y en caso de conflicto con alguna normativa interna prevalecerá el tratado, lo cual

³⁷¹ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 2-92 de fecha 26 de julio de 1999.

implica que ningún ordenamiento secundario puede modificar su contenido³⁷².

Sobre este aspecto la Sala de lo Constitucional³⁷³ ha mencionado que sobre la naturaleza y jerarquía de los tratados internacionales vigentes en El Salvador, estos tienen el mismo rango con las leyes secundarias, sin embargo, la Constitución le dio fuerza pasiva a los instrumentos internacionales, lo cual implica que este no puede ser modificado o derogado por una ley secundaria, por lo que, se configura una sub escala donde el tratado internacional goza de un rango superior que la leyes internas con la intención de proporcionar criterios de solución entre conflictos de normas que debe ser aplicado en cada caso en concreto.

De las anteriores consideraciones, podemos decir que el Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica³⁷⁴ 1995, la Convención Interamericana contra la Corrupción 1996³⁷⁵ y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción 2003³⁷⁶, al haber finalizado su proceso interno de ratificación, ingresaron al ordenamiento jurídico del país y por tanto el Estado Salvadoreño debe procurar su observancia por los compromisos

³⁷² Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, San Salvador, 1998, Pág. 66.

³⁷³ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 24-97 de fecha 26 de octubre de 2000.

³⁷⁴ Consultado en https://www.sica.int/documentos/tratado-marco-de-seguridad-democratica-en-centroamerica_1_110795.html, a las 18:45 minutos del día 8 de marzo de 2020, Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, Sistema de la Integración Centroamericana, suscrita en San Pedro Sula, Honduras, el 15 de diciembre de 1995.

³⁷⁵ Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de Estados Americanos, suscrita el 26 de marzo de 1996, Ratificada mediante Decreto Legislativo No. 351 de fecha el 9 de julio de mil 1998, publicada en el Diario Oficial No. 150, Tomo340, del 17 de agosto de 1998.

³⁷⁶ Suscrita el 10 de diciembre de 2003, ratificada por Decreto Legislativo No. 325 de fecha 20 de mayo de 2004, y Publicada en el Diario Oficial No. 131, Tomo No. 364, del 14 de julio de 2004.

adquiridos ante los organismos internacionales donde fueron creados. De lo anterior, deviene la obligación de prevenir y sancionar los ilícitos de corrupción tanto en el ámbito público como en el sector privado, tal como se ha referido en el presente trabajo. Ahora bien, como la Convención de la ONU es la que ha señala deforma concretar cómo debe actuar el Estado frente a los delitos de corrupción en el ámbito de los negocios y que tiene sus mecanismos de verificación, procederemos hacer un análisis del examen realizado a nuestro país por uno de los órganos especializados de este instrumento internacional.

Es así que, de acuerdo a la investigación realizada por expertos de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, elaborada por el grupo de examen de la aplicación, del quinto periodo de sesiones del 6 de junio de 2014³⁷⁷, analizó los avances que El Salvador atenido respecto a la implementación del capítulo III de dicho instrumento, respecto a la “Penalización y aplicación de la ley” y en sus observaciones de los Arts. 15, 16, 18, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40 y 41 de la CNUCC o UNCAC, determinaron que la mayoría de los delitos contemplados en la convención, tienen su equivalente en el Código Penal y Leyes especiales respecto a la tipificación de la corrupción en el sector público y de lavado de dinero, pues, constataron que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran previstos los ilícitos de soborno en funcionario público nacional e internacional, blanqueo de capitales, encubrimiento, malversación, peculado, enriquecimiento ilícito, obstrucción a la justicia, así como los distintos grados de participación de los sujetos activos.

³⁷⁷<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1387815s.pdf>, Conferencia de los Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, CAC/COSP/IRG/I/2/I/Add.22, a las 8:30 horas del día 8/04/2020.

Por otra parte, también comprobaron que se cuenta con mecanismos de cooperación nacional e internacional, y de protección a testigos, así como las diligencias de embargo, incautación y decomiso, también se cuenta regulación del secreto bancario, prescripción, jurisdicción y la indemnización. No obstante lo anterior, dichos expertos mencionan la necesidad de que algunos ilícitos sean reformados para que estén conforme a los estándares de la convención. Vale la pena indicar que en el momento que se realizó este informe se analizó la implementación de los Art. 31 y 40 de la Convención respecto al embargo preventivo, incautación y decomiso; secreto bancario del cual se estableció que El Código Penal regula el decomiso del producto del delito y del instrumento utilizado en la comisión del delito en los artículos 126 (pérdida) y 127 (comiso).

Ahora bien, también señaló que se contaba con un proyecto de ley sobre extinción de dominio. (Vale la pena aclarar que mediante Decreto Legislativo No. 534 de fecha 26/11 de 2013 y publicada en el Diario Oficial No. 223, Tomo No. 401 de fecha 28 de noviembre de 2013, se creó la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, la cual fue sometida a un proceso de inconstitucionalidad, en la que se determinó que dicha normativa no vulneraba los artículos constitucionales alegados).

En ese mismo sentido, se mencionó que nuestro país regula como delito el Enriquecimiento Ilícito Art. 333 Pn., (el cual tiene como base lo prescrito en el Art. 240 Cn) y se cuenta con la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos. Sin embargo, los expertos señalaron que la normativa en esta materia no permite obtener resultados satisfactorios debido a que en aquel momento la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia no tiene facultad de levantar el secreto bancario y que en la fase

prejudicial el pleno de la Corte Suprema de Justicia debe tomar postura sobre el caso.

Ahora bien, llama la atención que el mencionado organismo especializado al analizar los Arts. 12, 21 y 22 de la CNUCC, claramente establecen que: “...*El Salvador no ha tipificado el soborno en el sector privado...*” agregado a lo anterior, aclaran que el Art. 217 Pn., que regula la apropiación o retención indebida y Art. 218 Pn., sobre la administración fraudulenta, comprende algunos elementos de malversación y peculado en el sector privado, pues, en el primero hace referencia a la “...*cosa mueble...*” y el segundo a la “...*alteración de precios o condiciones...*”, sin embargo, no podría considerarse que la conjunción de ambas normativas abarcaría los postulados doctrinales que debería contener esta clase de ilícitos. Por tal razón, una de las conclusiones del referido informe es que se “...*considere la posibilidad de tipificar el soborno en el sector privado...*”, además, que se “...*considere la posibilidad de incluir en el Código Penal un tipo general de malversación o peculado en el sector privado...*”³⁷⁸.

Una consideración más que vale la pena destacar, es que la comisión de expertos internacionales, si bien constataron que existen mecanismos para denunciar la comisión de delitos de corrupción, no observaron ninguna cooperación estructurada entre las instituciones estatales de investigación tanto administrativas como penales, respecto a la persecución de los ilícitos que se cometan en el sector privado³⁷⁹. Ante tal situación, recomendaron que

³⁷⁸<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1387815s.pdf>, Conferencia de los Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, CAC/COSP/IRG/I/2/I/Add.22, a las 8:30 horas del día 8/04/2020.

³⁷⁹<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1387815s.pdf>, Conferencia de los Estados partes en la

se adoptara las medias necesarias y pertinentes para lograr que las diferentes agencias estatales cooperen entre ellas, y generar las condiciones para que las entidades del sector privado, en especial las financieras, colaboren en la investigación cuando se cometan delitos de corrupción y para ello, se debe ampliar las medias para alentar las denuncias, como sería la protección laboral que se le puede conceder a los denunciantes.

Finalmente, es importante mencionar que ante la obligación del Estado salvadoreño que nace del Convenio en el sentido de tipificar las acciones ilícitas en el sector privado, se pueden hacer varias acciones en primer lugar, de acuerdo a los Arts. 133 Ordinal 1° y 2°, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142 y 143 Cn., los diputados o el presidente de la República por medio de sus ministro, al tener la iniciativa de ley, pueden solicitar la introducción de esta conducta en el Código Penal, consecuentemente, después de este primer acto, se deberá seguir el curso normal del proceso de formación de ley.

Otro método, es que ante la falta de iniciativa por parte de las anteriores autoridades, los ciudadanos pueden iniciar un proceso de inconstitucionalidad por omisión de violación refleja³⁸⁰ del Art. 144 Inc. 2° Cn., en tanto que si bien la Constitución establece el principio de supremacía constitucional, también se ha determinado que los tratados internacionales tendrán aplicación preferente con respecto al derecho interno al prescribir que en caso de conflicto entre una ley y un tratado internacional, prevalecerá este último; lo cual implica un mandato dirigido al legislador que le inhibe de emitir normativa contraria al sentido, criterios y principios contenidos en la

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, CAC/COSP/IRG/I/2/I/Add.22, a las 8:30 horas del día 8/04/2020.

³⁸⁰ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 52-2003/56-2003/57-2003 de fecha 01 de abril del 2004.

normativa internacional que desarrolle derechos fundamentales; incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad por no respetar el criterio de ordenación de fuentes prescrito.

No obstante lo anterior, si bien la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Constitucional ha girado en torno a que dicho proceso es en materia de tratados de Derecho Humanos. Sin embargo, dicha sede en el proceso de inconstitucionalidad por omisión parcial de la Ley de Probidad, contenida en el Decreto Legislativo No. 225, de 16 de noviembre del año 2015, publicado en el Diario Oficial No. 237, Tomo No. 409, de 23 de noviembre 2015, por la supuesta contradicción al Art. 240 Inc. 1° y 4° de la Cn., había admitido³⁸¹ la acción de inconstitucionalidad por violación refleja al Art. 144 inc. 2° Cn., por inobservancia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción. No obstante, este punto ya no fue desarrollado en la sentencia de fondo³⁸² por haber dado a lugar a la pretensión de los demandantes por los primeros motivos formulados. De ahí que, podría valorarse la posibilidad de ocupar este mecanismo de control para obligar a los órganos legislativo y ejecutivo a dar cumplimiento a los Art. 12, 21 y 22 de la CNUCC.

5.4. Regulación interna que sanciona los ilícitos de carácter económico y que tiene relación con la corrupción en el sector privado

Respecto al análisis de la normativo nacional, como ya se mencionó anteriormente, si pretendemos estudiar el delito de corrupción en el sector privado de forma estricta, dicho ilícito no está contemplado en nuestra

³⁸¹ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 6-2016, de fecha 11 de enero del 2016.

³⁸² Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 6-2016AC, de fecha 09 de febrero del 2018.

legislación según los parámetros doctrinales internacionales³⁸³, pues, este es un ilícito de carácter económico que se comete en una relación comercial por los particulares u organizaciones mercantiles.

Ahora bien, si estudiamos este fenómeno en un sentido amplio³⁸⁴, se puede decir que el objeto de estudio son las acciones ilícitas cometidas por los empresarios, accionistas, directivos o empleados de una sociedad o empresa que tiene un poder o influencia en el ejercicio de una función o responsabilidad dentro de una organización privada, que le es conferida de manera discrecional por su ámbito de actuación, pero la ejerce contraria a los deberes y responsabilidades de su cargo; y con ello genera daños directos o indirectos para la empresa u organización, en beneficio propio o de otra persona y que esta acción produce una lesión o pone en peligro el orden socioeconómico.

En relación a lo anterior, parte de la doctrina ha expuesto que la corrupción pública (tradicional) y privada (moderna) son dos caras de la misma moneda y comparten ciertas características³⁸⁵, entre ellas, que este acto implica la infracción de un deber institucional, además violenta un marco normativo de referencia, también que esta acción está orientado a obtener un benéficos extra institucional de carácter económico o de cualquier otra naturaleza, que se realiza de forma reservada tanto en su ejecución y posterior resguardo de las ganancias ilícitas, las cuales serán sometidas a una estrategia de

³⁸³ Fernández Bautista, Silvia, “El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis Cp): una interpretación restrictiva”, Monográfica Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho, 1º Edición, Editorial, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2017, Pág. 213.

³⁸⁴ Gracia Martín, Luis, “Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, España, 2016, Pág. 34.

³⁸⁵ Martínez Medero, David, “Ámbito de aplicación de la eurooden Líneas de Interpretación”, “La orden de detención y entrega europea, editorial Cuencia, Castilla-La Macha, España, 2006, Pág. 103

ocultamiento para que no sean encontradas por las agencias estatales de supervisión de los flujos de capitales.

Y es que, en razón de esto último, se procederá a realizar un análisis de los delitos contemplados en el Código Penal y leyes especiales relacionadas a la temática. Sin embargo, previo al examen de las mismas, es oportuno recordar un poco de la historia de la actual normativa penal, por ello, de acuerdo a los archivos oficiales de nuestro país, el día 25 de mayo de 1994, el Dr. Rene Hernández Valiente, en aquel momento Ministro de Justicia de El Salvador envió oficio dirigido a la Asamblea Legislativa de El Salvador³⁸⁶, en el cual remitía el anteproyecto del Código Penal, dicho funcionario manifestaba que el mismo contenía las doctrinas más relevantes en ese momento adaptadas a la realidad nacional, pero que respetaba nuestra tradición jurídica, la cual fue consultada con la comunidad jurídica del país, en diversos eventos donde se retomaron los aportes de los asistentes, además, también retomaron los anteproyectos de Código Penal de Guatemala 1991, Español 1992 y latinoamericano, así como el informe de la Comisión de la Verdad.

Posteriormente, señala que el Código Penal de 1973, si bien introdujo adelantos de la Ciencia Penal, no obstante, la misma ya no respondía a los postulados de la Constitución de la República de 1983, por lo que, era necesario rediseñar el sistema penal salvadoreño para combatir la nueva delincuencia. En ese marco, se debía tomar en cuenta que el poder penal es una de las manifestaciones del Estado, y por tal razón se tenía que legislar

³⁸⁶ Hernández Valiente, Rene, oficio de remisión de anteproyecto de Código Procesal Penal, Ministro de Justicia de El Salvador, 25 de mayo de 1994.

cuidadosamente bajo los criterios políticos criminales³⁸⁷ constitucionales siguientes:

En primer lugar, el nuevo Código Penal debe retomar los postulados garantistas los cuales han logrado limitar de forma efectivamente el ius puniendi, con el objeto de evitar los abusos de poder, en segundo lugar que este mecanismo debe ser efectivo para repeler la violencia social y sirva para fortalecer la democracia de nuestro país, y para ello, se sugirió retomar el principio de ultima ratio, en el sentido de seleccionar los bienes jurídicos más importantes que deben ser resueltos por el derecho penal, pues, este solamente debe ocuparse en los conflictos más graves que no pueden ser resueltos por otros ordenamientos jurídicos y que en gran proporción son generados por las clases que detentan el poder político, económico y social, que por lo general cometen delitos de naturaleza económica, corrupción y violencia estatal, y que ellos siempre han sido protegido con un manto de impunidad. Lo anterior, permitiría evitar que este aparato sea ocupado de forma selectiva a los segmentos de la sociedad que históricamente han sido marginados por el sistema.

Sobre la base de lo apuntado, el Código Penal (1998) se estructuró en tres libros de la forma siguiente, en el primero se contempló los principios y garantías fundamentales, así como las reglas de los delitos y faltas, en el segundo referido a los delitos y penas en particular, y el tercero es relativo a las faltas³⁸⁸. Respecto al primer libro se puede decir que encontramos los

³⁸⁷ Hernández Valiente, Rene, exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Penal, Ministro de Justicia de El Salvador, 25 de mayo de 1994, Editorial Jurídica Salvadoreña, Recopilación de Leyes Penales, San Salvador, El Salvador, 2006, Pág. 74.

³⁸⁸ Hernández Valiente, Rene, exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Penal, Ministro de Justicia de El Salvador, 25 de mayo de 1994, Editorial Jurídica Salvadoreña, Recopilación de Leyes Penales, San Salvador, El Salvador, 2006, Pág. 74.

lineamientos políticos criminales que deben orientar el Código Penal y las leyes penales especiales, iniciando con las garantías mínimas que permiten ejercitar de forma racional el poder punitivo del Estado al establecer límites mediante los principios siguientes:

Legalidad, proporcionalidad, humana, lesividad del bien jurídico, responsabilidad, necesidad, aplicación general y territorialidad. Además, se determinó que esta ley sería aplicada a las personas mayores de 18 años que realizan acción dolosas de forma consiente y relevante las cuales estarían tipificadas en la ley penal, siendo esta antijurídica al ordenamiento jurídico, por lo que, en caso de inobservancia la persona se le declararía culpable, y que pueden ser sancionados por una pena de prisión y/o multa, de ahí que, al sancionar a la persona natural, el Estado le brindaría un tratamiento en los centro penales, por otra parte, se establecería una trato diferente en materia de inimputables y las medidas de seguridad, además, se determinó que las personas declaradas como delincuentes deberán responder civilmente por el hecho causado y se determinó que sería la teoría del actuar por otro, la que se encargaría de responsabilizar a la persona jurídica.

En cuanto al segundo libro, se establece los bienes jurídicos que el Estado debe de reaccionar ante su vulneración, así como la descripción de las conductas prohibidas que el legislador penal instauro como delito³⁸⁹; por ello, nuestro Código Penal de 1998, mantuvo los delitos clásicos como son los relativos a la vida, integridad personal, libertad ambulatoria y sexual,

³⁸⁹ Hernández Valiente, Rene, exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Penal, Ministro de Justicia de El Salvador, 25 de mayo de 1994, Editorial Jurídica Salvadoreña, Recopilación de Leyes Penales, San Salvador, El Salvador, 2006, Pág. 79.

seguridad persona, honor, intimidad y patrimonio, entre ellos, Hurto, Robo, Estafa, Usurpación, Daños y Propiedad Intelectual.

Ahora bien, esta normativa introdujo nuevas regulaciones que protegería bienes jurídicos colectivos ante una eventual lesión o puesta en peligro en el ordenamiento territorial, protección de los recursos naturales y medio ambiente, el orden socioeconómico, contra la propiedad industrial, al mercado, la libre competencia y consumidores, los derechos laborales, contra la hacienda pública, la corrupción, y se introdujo un catálogo de delitos cometidos por los particulares. De ahí que, por ser varios ilícitos que tienen implicaciones en el ámbito económico, únicamente se procederá a realizar un análisis político criminal puntual de las conductas que podrían incurrir los particulares en el ámbito de los negocios³⁹⁰ y que pueden perjudicar a la colectividad. Aclarando que dicho examen no pretender ser un estudio acabado del mismo.

5.4.1. Análisis del Art. 218- A Pn., relativo al Fraude Deportivo

El Art. 218- A Pn., es una reforma que el legislador penal introdujo en el año de 2016³⁹¹, con la finalidad de tipificar el Fraude Deportivo, el cual literalmente establece: *“...El que por sí o por tercera persona obligue u ofrezca, prometa, pague o retribuya con cualquier tipo de beneficio, con la finalidad de alterar o asegurar un resultado predeterminado de una competencia o prueba deportiva profesional, nacional o internacional, o el desempeño anormal de un participante en la misma, será sancionado con*

³⁹⁰ Gil Antón, Ana María, Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código Penal, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) Número 6, Época I, Madrid, España, 2015 Pág. 88.

³⁹¹ Decreto Legislativo No. 313, del día 16 de marzo de 2016, publicado en el Diario Oficial No. 67, Tomo No. 411, del día 13 de abril de 2016.

prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial por igual tiempo. (...) En igual sanción incurrirá el que de por sí o por medio de una tercera persona, solicite o reciba un pago o cualquier beneficio con el objeto de alterar deliberadamente y fraudulentamente el resultado de una competencia o prueba deportiva profesional. (...) La sanción se agravará con prisión de tres a cinco años, cuando el delito se haya cometido por funcionario, dirigente, directivo, administrador, entrenador, árbitro, réferi o juez, promotor o empleado de un club o entidad deportiva de cualquier naturaleza jurídica e inhabilitación especial por igual tiempo. (...) Quien en representación del país como seleccionado nacional, en forma individual o colectiva, incurra en las conductas antes mencionadas, será sancionado con prisión de cuatro a seis años e inhabilitación especial por igual tiempo...”.

Previo a abordar este delito, primeramente hay que mencionar que dicho acto ilícito ha sido una constante en los deportes masivos como el futbol, a tal grado que se han realizado acciones internacionales coordinadas de carácter penal para sancionar estas conductas, ejemplo de lo anterior es el caso FIFA Gate, el cual se originó por las investigaciones realizadas en el año 2010 por el Buró Federal de Investigaciones de los Estados Unidos (Federal Bureau of Investigation, FBI por sus siglas en inglés) a una supuesta organización criminal y también porque en el año 2011, el Servicio de Impuestos Internos (Internal Revenue Service, IRS por sus siglas en inglés) estaban investigando a Chuck Blazer, un miembro de la Junta Ejecutiva de la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA)³⁹², por su falta de declarar los impuestos sobre la renta.

³⁹² https://elpais.com/deportes/2015/05/28/actualidad/1432838771_270429.html 16/09/2020a las 11: 30 horas.

Posteriormente, dichas instituciones estadounidenses en el año 2011 coordinaron sus investigaciones por el posible caso de corrupción en el proceso para ser anfitrión de la Copa Mundial de Fútbol. Es así que, dichos organismos también coordinaron con las agencias policíacas y diplomáticos de 33 países de todo el mundo para destapar un caso extenso de sobornos y pago de favores, todos involucrando a oficiales de la FIFA.

En ese contexto, varios oficiales y ejecutivos publicitarios de la FIFA fueron imputados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos³⁹³, por lo que, ese país pidió la captura y extradición de los mismos bajo los cargos de fraude informático, asociación delictiva, y blanqueo de capitales. De ahí que, en el desarrollo del caso se encontró evidencia del pago de sobornos desde el año de 1990, los cuales incluían acuerdos relacionados a la venta de derechos de emisión, mercancías y patrocinio. De estas personas capturadas muchos de ellos se declararon culpables.

Ahora bien, estos casos de fraude deportivo no son exclusivos en el ámbito internacional por lo que es oportuno recordar cómo fue la introducción de este delito en la normativa penal salvadoreña, sobre lo anterior, es conveniente señalar que mediante notas periodísticas deportivas se manejaba la información que en una serie de partidos de la selección salvadoreña de fútbol, ciertos jugadores habían recibido remuneración económica por terceras personas ajenas a la federación, con el objeto de alterar los resultados deportivos y fueron señalados puntalmente los siguientes encuentros, el primero del día 24 de febrero de 2010, desarrollado en Tampa Florida, Estados Unidos, donde la selección de El Salvador perdió 2 a 1 contra su similar de Estados Unidos, el segundo desarrollado en

³⁹³https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150527_deportes_acusaciones_corrupcion_directivos_fifa_bd, consultado 16/09/2020 a las 11:46 horas.

Washington, D.C., el día 19 de junio del 2010, donde El Salvador perdió 1-0 contra el equipo de futbol DC United y finalmente, en la Copa de Oro, desarrollado, el día 5 de junio de 2011, en Dallas, Estados Unidos, El Salvador perdió 5-0 contra México³⁹⁴.

Ante tal situación, el Tribunal Disciplinario de la Federación Salvadoreña de Futbol, después de hacer sus diligencias, el 20 de septiembre de 2013, dio a conocer la primera resolución de este caso, en la que dicha sede suspendió de por vida a 14 jugadores por lo que no podrían participar en ningun torneo de liga. Paralelamente, también se llevaba un proceso judicial por el delito de lavado de dinero y activos en contra de los exjugadores, sin embargo, en 27 de marzo de 2015 fueron sobreseídos en la fase intermedia.

Ante tal situación, se presentó una pieza de correspondencia ante la Asamblea legislativa la cual tenía por objeto tipificar como delito penal el fraude deportivo, es así que, después de pasar por las fases correspondientes se aprobó el Decreto Legislativo No. 313, del día 16 de marzo de 2016, el cual dicho órgano tipifica como delito penal el Fraude Deportivos, y dentro de los considerandos del referido decreto únicamente se mencionaba que el deporte es una actividad fundamental que: “...se ha visto salpicado por el accionar de las redes de delincuencia organizada nacional e internacional en la compra de encuentros deportivos profesionales...”³⁹⁵, y que, el fraude deportivo atenta a la pureza de los resultados deportivos, el patrimonio de los espectadores, patrocinadores de las instancias públicas que invierten para su promoción y desarrollo, por lo que se volvía necesario castigar esa conducta.

³⁹⁴ Diario de Hoy, edición impresa del día sábado 21 de septiembre de 2013, Pág. 2

³⁹⁵ Decreto Legislativo No. 313 de fecha 16 de marzo de 2016, publicado en el Diario Oficial No. 67, Tomo 411 de fecha 13 de abril de 2016

De lo apuntado, llama la atención que de acuerdo a la doctrina el delito de corrupción privada ha tenido mayor desarrollo, inclusive, se entendía que el fraude deportivo era un tipo penal específico de este³⁹⁶, pues, se trata de una acción ilícita donde se entrega un soborno para que la persona que tiene poder de decisión sobre circunstancia que influye en el resultado de la competición favorezca injustamente a uno de los equipos o participantes, de lo anterior, los elementos que se violentan en esta clase de delitos es el deber posicional, el sistema jurídico de referencia y la intención de obtener una ganancia personal (igualmente que en los delitos de soborno), pese a ello, en el referido año que se modifica el Código Penal, solamente se legisla por la introducción del fraude deportivo y no sobre la corrupción en el ámbito económico.

En razón de los datos anteriormente mencionados, se puede decir que la política criminal salvadoreña propone reformas de índole populistas punitivas, con la finalidad de mostrarse con la capacidad de dar respuesta ante los problemas sociales, sin embargo, no se infiere una racionalidad al momento de la toma de decisiones, pues, de ser necesaria esta reforma, también se hubiera valorado las recomendaciones que han hecho organismos internacionales en la necesidad de tipificar el soborno entre privados, no obstante, tal circunstancia no ha sido realizada, por lo que sería necesario que en el futuro se pueda incorporar el delito de corrupción en el mundo de los negocios.

³⁹⁶ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 55.

5.4.1.1. Análisis de los artículos relativo a la corrupción de funcionarios públicos

5.4.1.2. Análisis del Art. 307 Pn., Soborno

El Art. 307 Pn., regula el Soborno, que literalmente establece: “...*El que diere, ofreciere o prometiére dinero o cualquier otra ventaja a testigo, jurado, abogado, asesor, perito, intérprete o traductor, con el objeto de lograr una afirmación falsa, o una negación u ocultación de la verdad, en todo o en parte, en una actuación judicial que hubiere de servir en diligencia o proceso, aunque la oferta o promesa no hubiere sido aceptada, será sancionado con prisión de dos a cinco años...*”.

De acuerdo a nuestra legislación, este es el primer delito que protege el buen funcionamiento Estatal y concretamente de la administración de justicia, en cuanto al sujeto activo puede ser cualquier persona que actué con dolo sin necesidad que este forme parte o tenga interés en el proceso. Ahora bien, para parte de la doctrina salvadoreña considera que este tipo viene hacer una modalidad específica del cohecho activo del Art. 335 Pn.³⁹⁷, con la diferencia que la finalidad de este delito esta incardinada a que se realice un falso testimonio o fraude procesal, al dar u ofrecer dinero o cualquier prestación al testigo, jurado, abogado, asesor, perito, intérprete o traductor, para que este último sujeto logre alterar la verdad de los hechos dentro de un proceso judicial. Finalmente, vale la pena mencionar que esta figura junto con otras debe ser tomada en cuenta para elaborar una propuesta que evite el soborno entre particulares.

³⁹⁷ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1008.

5.4.1.3. Análisis del Art. 320 Pn., Actos Arbitrarios

El Art. 320 Pn., regula los Actos Arbitrarios, y literalmente establece: “...*El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que en el desempeño de su función realizare cualquier acto ilegal o arbitrario, vejación o atropello contra las personas o daño en los bienes, o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño de la función o servicio o permitiere que un tercero lo cometiere, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para desempeño del cargo por el mismo tiempo...*”.

Previo al análisis dogmático de esta norma, es oportuno recordar que toda corrupción privada puede tener una correspondencia en el sector público y de acuerdo a la literatura varios casos de desvíos de fondos o actuaciones inadecuadas se generan por un acto arbitrario, por ello según la doctrina, lo que se pretende proteger al tipificar este ilícito es preservar el correcto funcionamiento de la administración y los servicios públicos, en ese caso el sujeto activo es el funcionario público, empleado público o encargado de un servicio público que actúa dolo³⁹⁸, por ello, la conducta se consume sin que recaiga en algo material (resultado), pero que deviene por acto en contra del buen funcionamiento de la administración pública. El objeto material: puede recaer en persona o cosa.

Asimismo, se menciona en la doctrina, que este es un tipo residual³⁹⁹ o estrella que realizan los funcionarios públicos para cometer un acto ilegal y poder realizar sus planes criminales. En razón de lo anterior, se puede decir

³⁹⁸ De la Mata Barranco, Norberto J., “El funcionario público ante el derecho penal”, Revista jurídica de Castilla y León, No. 20, Castilla y León, España, 2010, Pág. 29.

³⁹⁹ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1050.

que al no existir una norma específica que castigue el mal actuar del servidor público, en defecto se aplica este precepto, ya que, como se mencionó esta norma busca proteger el buen funcionamiento de la administración pública, puesto que, esto último es lo que diferencia al derecho administrativo del penal. También se dice que este es un tipo mixto alternativo por que recoge varias conductas, pero solo basta que se dé una verbigracia, la vejación: es la persona atacada y afecta en su integridad moral y autoestima, usare de apremio ilegítimo o innecesario: es utilizar medios ilegales para obtener un fin y permitiere a un tercero lo haga, esta última es conducta omisiva y lo puede hacer un particular.

5.4.1.4. Análisis del Art. 325 Pn., Peculado

El Art. 325 Pn., regula el Peculado, y literalmente establece que: *“...El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho será sancionado con pena de prisión de acuerdo a las reglas siguientes: (...) Si el peculado fuere hasta cien mil colones, la sanción será de seis a ocho años. (...) Cuando fuere superior a cien mil colones pero inferior o igual a quinientos mil colones, la sanción será prisión de ocho a diez años. (...) Si el peculado fuere superior a quinientos mil colones, la sanción será prisión de doce a quince años...”*.

Este es el segundo delito estrella en materia de corrupción pública, por que este tiene a su base el patrimonio y bienes estatales. Por lo anterior, se discute en la doctrina cual es el ámbito que el legislador penal busca conservar, es así que, para algunos autores, el bien jurídico mediato, es la

protección de la propiedad del Estado (posición minoritaria) y para otros juristas, es el correcto funcionamiento de la administración, concretado en el mantenimiento del patrimonio público y su correcta gestión (posición mayoritaria)⁴⁰⁰. Ahora bien, en cuanto al bien jurídico inmediato, se dice que es la protección del correcto manejo de los caudales públicos, por la confianza depositada en el funcionario público⁴⁰¹.

En ese orden de ideas, el sujeto activo es el funcionario, empleado público o encargado de un servicio público tal como lo define el Art. 39 Pn., en cuanto a la conducta típica, la palabra apropiarse se refiere a incorporar las cosas a su propio patrimonio o al de un tercero, por otra parte, cuando la referida norma menciona que la autoridad “consienta que otro se apropie” estamos ante un delito de omisión y resultado expresamente tipificado, pero también puede suponer una conducta activa.

El objeto material en este ilícito es el dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble, de cuya administración, recaudación, custodia o venta esté encargado el sujeto activo en virtud de su función o empleo. Otro aspecto a destacar es que debe existir una especial relación del funcionario con el bien, es decir, debe tener atribuida una competencia específica que le imponga un especial deber de conservación, en razón de lo anterior sólo responderá por peculado el que se apropia de caudales públicos cuya gestión tenga encomendada y esta puede ser por ministerio de ley, o norma administrativa.

⁴⁰⁰ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1066.

⁴⁰¹ Creus Carlos, Delitos Contra la Administración Pública, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981, Pág. 324.

5.4.1.5. Análisis del Art. 327 Pn., Concusión

El Art. 327 Pn., regula la Concusión que literalmente establece: “...*El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare a otro a dar o prometer a él o a un tercero, dinero u otra utilidad lucrativa, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo...*”

En este delito lo que se busca proteger es el correcto funcionamiento de la administración, para evitar un perjuicio a la libertad del ciudadano en el ámbito patrimonial⁴⁰², el sujeto activo puede ser el funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que actúa con dolo, siendo la conducta típica el abuso de su calidad o de sus funciones, por medio del cual obliga a otro a dar o prometer a él o a un tercero, dinero u otra utilidad lucrativa, de ahí que la obligación se dirige a un comportamiento de significado económico, aunque no precisa para la consumación la entrega efectiva del bien.

5.4.1.6. Análisis del Art. 328 Pn., Negociaciones Ilícitas

El Art. 328 Pn., regula la Negociaciones Ilícitas, el cual literalmente establece: “...*El funcionario o empleado público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier contrato, licitación, subasta, decisión o cualquier operación, se aprovechare de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, será sancionado con prisión de cuatro a ocho*

⁴⁰² Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1073.

años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo. (...) El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, interviniera en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que estuviere interesada la Hacienda Pública y aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de su máximo. (...) La disposición del inciso primero, es aplicable a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales, respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores y síndicos y a todo el que en virtud de cualquiera otra actuación legal interviniera en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos...”.

De las referidas conductas, el legislador penal busca proteger el objetivo y correcto ejercicio de la función pública y la imparcialidad del servidor⁴⁰³. De ahí que, el sujeto activo en los Incisos 1° y 2° del Art. 328 Pn., son los funcionarios y empleados públicos entre cuyas funciones se encuentra la intervención en ciertas operaciones, en el Inciso 3° del Art. 328 Pn., se recoge una cláusula de extensión de la autoría para los particulares en actuaciones no relacionadas con la administración.

En cuanto a la conducta típica del Inc. 1°, es aprovecharse de su intervención para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta en tales negocios o actuaciones, ejemplo de lo anterior, es la exclusión de un licitador para favorecer a un amigo en cuya empresa tiene parte, o favorecer la urbanización de una zona en la que su

⁴⁰³ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1075.

familia tiene terrenos. En el Inc. 2° es la intervención en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que estuviere interesada la Hacienda Pública y aceptar comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, o solicitarlos (aquí se exige el ánimo de lucro). Sobre lo anterior es oportuno recordar que en el caso de los jueces el Art. 61 de la Ley Orgánica Judicial, solo puede actuar a petición de parte y excepcionalmente de oficio cuando la ley lo exprese, además el Art. 59 CPCM los funcionarios judiciales debe abstenerse de conocer del asunto por tener interés en el objeto de litigio.

Finalmente, se debe diferenciar los siguientes concursos con el cohecho, si el autor no pide o acepta dádiva será el Art. 328 inciso 1° Pn., si lo hace y se compromete a realizar un acto contrario a sus funciones será el Art. 330 Pn., si lo hace y no se compromete a nada será el Art. 328 inciso 2°, Pn., si en el acto está interesada es la Hacienda Pública y finalmente, es el Art. 331 Pn., si no lo está.

5.4.1.7. Análisis del Art. 329 Pn., Exacción

El Art. 329 Pn., regula la Exacción, el cual literalmente establece que: *“...El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que prevaliéndose de su condición o cargo, impusiere u obtuviere para la administración pública o municipal, tasas, derechos, contribuciones, arbitrios o cualquiera otra prestación que supiere no es legal o aún siendo legal empleare para su cobro, medio vejatorio o gravoso que la ley no autorice o invocare falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima, será sancionado con prisión de seis meses a dos años...”*.

Respecto a este delito se puede decir que el legislador salvadoreño busca salvaguardar el prestigio de la administración pública y la eficacia de su actuación, para evitar que el funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, realicen actuaciones a favor de las agencias estatales de las cuales no se encuentra facultados⁴⁰⁴. El sujeto activo debe tener la condición de funcionario o empleado público, agente de la autoridad o autoridad pública, aunque no se dediquen por su función al cobro de tasas o rentas, debe actuar con dolo siendo su finalidad favorecer a la propia administración.

De ahí que, la conducta típica es la prevalencia de la condición o cargo para imponer u obtener para la administración pública prestaciones indebidas o aun siendo legales, emplear para su cobro medios vejatorios o gravosos que la ley no autorice o invocar falsamente orden superior, mandamiento judicial u otra autorización legítima.

5.4.1.8. Análisis del Art. 330 Pn., Cohecho Propio

El Art. 330 Pn., regula el Cohecho Propio, el cual literalmente establece: *“...El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo...”*.

⁴⁰⁴ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1078.

De acuerdo a la doctrina, este es uno de los delitos estrellas en el ámbito de corrupción, ya que tiene la característica de ser de encuentro, en razón de ello, el bien jurídico tutelado es la administración pública concretado en la probidad del funcionario público con la finalidad de asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos, así como el correcto funcionamiento de la administración pública en cuanto al comportamiento honesto de sus servidores⁴⁰⁵.

Lo anterior se debe a que en el delito de cohecho propio el legislador ha querido proteger la legalidad del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, así como la dignidad de la misma y la eficacia del servicio público encomendado a éstos. En razón de lo anterior, el sujeto activo puede ser el funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que actué con dolo y según su definición de Art. 39 Pn.

Respecto a la conducta típica consiste en solicitar, recibir o aceptar promesa de dádiva u otra ventaja indebida por realizar un acto contrario a los deberes del sujeto activo o por omitir o retardar un acto debido, propio de sus funciones (De ello, se puede decir que hay conducta positiva del sujeto activo al tomar la iniciativa de solicitar dádiva, pero también puede ser una intervención pasiva al responder afirmativamente a la iniciativa de otra persona).

Para que esta conducta se consuma basta que se produzca la mera solicitud de la recepción o de la aceptación de funcionario, pues hay una relación de causalidad, en cuanto a la tentativa, puede darse solamente en los supuestos de solicitud, cuando estas no llegaran a su destinatario.

⁴⁰⁵ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1080.

5.4.1.9. Análisis del Art. 331 Pn., Cohecho Impropio

El Art. 331 Pn., regula el Cohecho Impropio, que literalmente prescribe: “...*El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo...*”

Sobre este delito podemos decir que comparte el mismo bien jurídico y tiene una idéntica estructura normativa⁴⁰⁶ con el Cohecho Propio, salvo el contenido esencial del mismo, en tanto que en el cohecho pasivo impropio describe como primera conducta típica el solicitar o recibir dádiva o aceptar promesa para realizar un acto propio de sus funciones, en cambio el cohecho pasivo subsiguiente la conducta prohibida es solicitar o recibir dádiva o aceptar promesa por un acto ya realizado propio de su cargo.

5.4.1.10. Análisis del Art. 332 Pn., Malversación

El Art. 332 Pn., regula la Malversación, que literalmente prescribe: “...*El funcionario o empleado público, que diere a los caudales o efectos que administra, una aplicación diferente de aquélla a la que estuvieren legalmente destinados, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa. (...) Si del hecho resultare algún provecho personal para sí o para un tercero, la sanción será de uno a tres años de prisión inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo...*”.

⁴⁰⁶ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1087.

De acuerdo a la doctrina, el bien jurídico es el uso correcto de los bienes de la administración pública, siendo el sujeto activo el funcionario o empleado público (según la definición del Art. 39 Pn.) quien actúa dolosamente, en cuanto a la conducta típica es dar a los caudales o efectos que administra, una aplicación diferente de aquélla a la que estuvieren legalmente destinados⁴⁰⁷, hasta este punto se menciona que este delito tiene parecido con el peculado, pues los bienes estatales son sustraídos de la satisfacción de las necesidades a que estaban destinados; pero, al analizar detenidamente la norma se diferencia con el peculado, por la falta el ánimo de apropiación definitiva de tales caudales. Por otra parte, la diferencia entre el inciso 1º y 2º, es que en el primero, los caudales permanecen asignados a fines comunes pero distintos de aquellos a los que estaban destinados y en el segundo, el uso ha de ser ajeno a la función pública.

5.4.1.11. Análisis del Art. 333 Pn., Enriquecimiento Ilícito

El Art. 333 Pn., regula el Enriquecimiento Ilícito, el cual literalmente establece que: *“...El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años. (...) En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado. (...) En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo...”*.

⁴⁰⁷ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1088.

Sobre el referido artículo, primeramente, hay que recordar que tiene base constitucional, pues el Art. 240 Cn.⁴⁰⁸, establece la responsabilidad para los funcionarios y empleados públicos que se enriquezcan injustamente. Además, establece la única presunción de enriquecimiento ilícito en toda la constitución por el aumento del capital injustificado. Por otra parte, a nivel internacional también tenemos esta exigencia debido a la preocupación del dinero sucio y la escasa aplicación del comiso, ejemplo de ello, el Art. IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, establece que con respecto a la sujeción constitucional y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan tipificado tal delito, adoptarán las medidas necesarias para introducirlo en su legislación cuando el incremento del patrimonio de un funcionario público fuera significativamente excedido respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y

⁴⁰⁸ El Art. 240 Cn., literalmente establece que: "... Los funcionarios y empleados públicos que se enriquezcan sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, estarán obligados a restituir al Estado o al Municipio lo que hubieren adquirido ilegítimamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido conforme a las leyes (...) Se presume enriquecimiento ilícito cuando el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener, en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente, y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa justa. Para determinar dicho aumento, el capital y los ingresos del funcionario o empleado, de su cónyuge y de sus hijos, se considerarán en conjunto. (...) Los funcionarios y empleados que la ley determine están obligados a declarar el estado de su patrimonio ante la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los incisos anteriores, dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que tomen posesión de sus cargos. La Corte tiene facultad de tomar las providencias que estime necesarias para comprobar la veracidad de la declaración, la que mantendrá en reserva y únicamente servirá para los efectos previstos en este artículo. Al cesar en sus cargos los funcionarios y empleados aludidos, deberán hacer nueva declaración del estado de sus patrimonios. La ley determinará las sanciones por el incumplimiento de esta obligación. (...) Los juicios por enriquecimiento sin causa justa sólo podrán incoarse dentro de diez años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento..."

que no pueda ser razonablemente justificado por él. También, dicho convenio aclara que en los Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos del referido instrumento.

En ese mismo orden de ideas, el Art. 20 de Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, también ha establecido que respetado la sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Además, determino que los Estados Parte deben exigir a los señalados que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.

En ese sentido, nuestra legislación ha optado por varias vías para dar cumplimiento a dichos postulados y para ello se cuenta con la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, el delito de Enriquecimiento Ilícito, el delito de lavado de dinero y la Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen Destinación Ilícita, pero lastimosamente por ser procesos totalmente diferentes se han presentado problemas a la hora de su juzgamiento.

Volviendo al punto de partido, el referido Art. 333 Pn., ha dado lugar a las dudas de constitucionalidad, pues, quienes sostiene que este artículos es inconstitucionalidad, consideran que hay vulneración del principio de presunción de inocencia Art. 12 Cn., al introducir un tipo de sospecha que le obliga a probar su inocencia. Además, hay vulneración del derecho a la no incriminación, ya que, el funcionario debe colaborar en la investigación en su contra.

También, vulnera del principio in dubio pro reo, ya que, la duda sobre la procedencia de los bienes se resuelve en contra del señalado en caso de silencio. De igual manera, hay vulneración al Art. 15 Cn., respecto al principio de legalidad, ya que no se reprocha una conducta, sino que se presume la cualidad de enriquecimiento ilícito por meramente su estado patrimonial el cual solamente se encuentra cuestionado y finalmente, hay vulneración del principio de proporcionalidad, ya que la pena es demasiado severa (3 a 10 años).

No obstante lo anterior, es oportuno aclarar que en materia penal en el Art. 333 Pn., se juzga a la persona y en el caso del Art. 240 Cn., es un lineamiento para crear normativa amplia y por ello tenemos la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos y la Ley de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen Destinación Ilícita, pues, en estas últimas se juzga cosas o derecho reales tal como lo regula el Art. 567 del Código Civil, no obstante lo anterior tal situación todavía genera con función y debates aunque la Sala de lo Constitucional ha dictado sentencias al respecto en el proceso clasificado Ref. 146-2014/107-2017 de fecha 28 de mayo de 2018.

Los argumentos a favor de la constitucionalidad de este delito, giran en torno a que no existe la vulneración al principio de inocencia del Art. 12 Cn., puesto como se mencionó antes, precisamente el Art. 240 Cn., establece el la presunción de enriquecimiento ilícito solamente en este caso y para ello se cuenta con la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos, en la cual se regula dicha presunción cuando un funcionario o empleado público se enriquezca sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal, pues, conforme al Art. 567 del Código Civil se juzgan cosas o derechos reales, a excepción del delito de Enriquecimiento Ilícito Art. 333 Pn., pues aquí si se está juzgado personas por no justificar los excedentes.

Además, porque en este proceso se busca dilucidar si hay un aumento real, apreciable y no justificado del patrimonio, por tanto tampoco no hay vulneración al referido principio de presunción de inocencia ni inversión de la carga de la prueba. También, porque el funcionario solo debe colaborar en su defensa, ya que, no se valora negativamente su silencio, sino los datos objetivos que demuestran un incremento patrimonial injustificado y finalmente, porque sería tolerar el enriquecimiento escandaloso a costa de la administración cuando no es posible probar el delito previo del que proviene ese requerimiento injustificado.

Ahora bien, respeto al referido delito de Enriquecimiento Ilícito del Art. 333 Pn., en comento, la doctrina estima que el bien jurídico es la honradez y la probidad del funcionario público, como garante de independencia e imparcialidad en el cumplimiento de sus deberes⁴⁰⁹, por lo anterior, lo que el

⁴⁰⁹ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1090.

legislador penal salvadoreño pretende proteger es la administración pública, frente a casos en que no se ha podido demostrar el delito previo.

En cuanto al sujeto activo son el funcionario, autoridad pública, empleado público y persona interpuesta (se equiparan a la autoría conductas de participación) que actúan con dolo, en cuanto a la conducta típica esta tiene dos modalidades, la primera es obtener incremento patrimonial no justificado con ocasión del cargo o de sus funciones, de ahí que, tal acción gira en torno a la falta de justificación, lo que da lugar al delito cuando el incremento es notablemente superior al que hubiera podido obtener en virtud de sus ingresos lícitos, la segunda conducta es interponerse para simular el incremento patrimonial no justificado.

En ambos casos, el origen del incremento patrimonial injustificado ha de ser el ejercicio del cargo. Finalmente, hay un concurso aparente de leyes penales con el delito previo, cuando su existencia se puede demostrar.

5.4.1.12. Análisis de los delitos de corrupción cuando confluyen un particular y un funcionario público

5.4.1.13. Análisis del Art. 335 Pn., Cohecho Activo

El Art. 335 Pn., regula el Cohecho Activo, que literalmente describe: “...*El que por sí o por interpuesta persona, prometiére, ofreciere o entregare a un funcionario o empleado público una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida, para que ejecutare un acto contrario a sus deberes oficiales o para que no realizare o retardare un acto debido, será sancionado con prisión de seis a diez años. (...) Si el hecho consistiere en que ejecutare un acto propio*

de sus funciones oficiales o se trae de un acto ya realizado, propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años...”

Respecto a este delito, tiene una estrecha y al mismo tiempo discrepancia con lo regulado en el Art. 330 Pn., al tal grado que para algunos sectores de la doctrina al ser sujeto activo diferente y estar ubicado en otro capítulo, se puede pensar que se está regulando la observancia ante el normal funcionamiento de la administración, en virtud del cual los particulares deben abstenerse de realizar ofrecimientos a los servidores público⁴¹⁰.

Por otra parte, la doctrina mayoritaria sostiene que el bien jurídico (al igual que el cohecho propio) es la Administración Pública concretado en la probidad del funcionario público con la finalidad de asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos, así como el correcto funcionamiento de la administración pública en cuanto al comportamiento honesto de sus servidores. Ahora bien, como ya se expresó el sujeto activo es el particular que actúa con dolo.

En cuanto a la conducta típica del Inc. 1 del Art. 335 Pn., es prometer, ofrecer o entregar dádiva o ventaja o aceptar la solicitud del funcionario para que en primer lugar, realice un acto contrario a los deberes del cargo o en segundo lugar, para que no realice o retrase un acto debido y finalmente, respecto a la penalidad se critica que se le sanciona más al particular (prisión de 6 a 10 años) que al servidor público (frente a prisión de 3 a 6 años e inhabilitación por el mismo tiempo) pese a que ambas conductas son reprochables y tiene la misma finalidad por ello se debe reformar para que tenga una misma penalidad por el mismo acto cometido.

⁴¹⁰ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1099.

En cuanto al Inc. 2 del Art. 335 Pn., estamos ante un cohecho activo impropio, siendo este un delito residual, es decir, ante la falta de alguna conducta que girara en torno a sobornar al funcionario público se deberá aplicar este.

5.4.1.14. Análisis del Art. 335- A Pn., Soborno Transnacional

El Art. 335-A Pn., regula el Soborno Transnacional que literalmente describe: *“...El que ofreciere, prometiére u otorgare a un funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad de otro Estado, u Organización Internacional, directa o indirectamente, dinero o cualquier objeto de valor pecuniario, incluyendo dádivas, favores, promesas o ventajas para que dicha persona realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con la transacción económica o comercial, será sancionado con prisión de dos a cuatro años...”*.

Sobre el presente delito, es importante señalar que a nivel internacional existe una preocupación por la corrupción transnacional, y lo anterior ha hecho que muchas instituciones promovieran esta clase de normas. De ahí que, la comisión Shawcross de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), 1975, estimó la necesidad de un tratado internacional en el seno de la ONU para luchar contra estas prácticas. Por ello, en el año de 1977, se crearon las “Reglas de conducta para combatir la corrupción”, por tal razón, ONU adoptó medidas contra las prácticas corruptas de las empresas transnacionales y de otras empresas, de sus intermediarios y de otros implicados en tales prácticas en el año de 1975.

Por otra parte, se crearon las directrices de la OCDE para empresas multinacionales 1976, donde se menciona que: “...*Las empresas no deberán ofrecer, prometer, dar ni solicitar, directa o indirectamente, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima. Tampoco se deberá solicitar a las empresas que ofrezcan, ni esperar que lo hagan, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas...*”.

Las anteriores propuestas, dieron lugar a las iniciativas supranacionales vinculantes, que supusieron un cambio paradigmático, es así que, en el Art. VIII Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA, 1996, Art. 1 de la Convenio Contra la Corrupción de Agentes Políticos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE 1997, Art. 5 Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa 1999, Art 16. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 2003 y la Convención para la Prevención y Lucha Contra la Corrupción de la Unión Africana 2003, las cuales han regulado sobre esta materia.

En atención a los compromisos internacionales el 14 de diciembre de 2005⁴¹¹, la Asamblea Legislativa de El Salvador reformó el Código Penal para la introducción del Art. 335- A Pn., que regula el soborno transnacional, en cuanto a su estructura, el bien jurídico protegido y sujeto pasivo es el correcto funcionamiento de la administración pública y la competencia leal en el comercio internacional, pues, este ilícito solamente busca castigar el soborno relacionado con una transacción económica o comercial internacional, por eso se dice que el sujeto activo es el particular que actúa con dolo, ya que, no se sanciona al funcionario.

⁴¹¹ Decreto Legislativo No. 914 de fecha 14 de diciembre del 2005, publicado en el Diario Oficial No. 8, Tomo 370 de fecha 12 de enero del 2006.

En cuanto a la conducta típica esta es ofrecer, prometer u otorgar (se equiparan también aquí el ofrecimiento unilateral y el acuerdo bilateral) a un funcionario o empleado público, autoridad pública o agente de autoridad de otro Estado u organización internacional, que directa o indirectamente, entrega dinero o cualquier objeto de valor pecuniario (no se admiten favores de naturaleza no económica) para que realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial internacional (puede ser tanto un acto contrario a sus funciones como un acto propio de ellas).

5.4.1.15. Análisis del Art. 336 Pn., Trafico de Influencias

El Art. 336 Pn., regula el Trafico de Influencias que literalmente describe: *“...El que simulando o valiéndose de su influencia con un funcionario o empleado público, recibiere o hiciere que le prometieran para sí o para otro, dinero u otras ventajas como estímulo o recompensa de su mediación con aquella persona o a pretexto de comprar favores o remunerar beneficios, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cincuenta a cien días multa. (...) Si quien realizare el hecho fuere un funcionario o empleado público, se impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de cargo o empleo público por igual tiempo...”*.

En cuanto al último ilícito del Código Penal que tiene relación directa en materia de corrupción pública realizada por un particular, es el delito de tráfico de influencias que tiene como función político criminal la de evitar la desviación del interés general hacia fines particulares, en ese sentido el bien

jurídico tutelado es la imparcialidad e independencia que deber regir en la administración pública, en la prestación de sus servicios a la colectividad⁴¹².

Respecto al sujeto activo se debe deslindar, pues en el 1° Inc., es el particular, mientras que, en el 2° Inc., es un funcionario o empleado público, ahora bien, ambos actúan dolosamente, porque pueden tener o no la influencia de la que presume, siendo la conducta típica recibir dinero o promesa por ejercer influencia sobre funcionario o empleado público en el futuro o haberlo hecho en el pasado. En cuanto a la finalidad de la entrega o promesa ha de ser para que el sujeto activo medie ante el funcionario o empleado público, o como pago por la mediación realizada, o para que el sujeto activo compre favores.

5.4.1.16. Análisis de los artículos que tienen relación con actos de corrupción entre privados

5.4.1.17. Análisis del Art. 218 Pn., Administración Fraudulenta

En cuanto al Art. 218 Pn., este regula la Administración Fraudulenta, el cual literalmente establece: *“...El que teniendo a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes ajenos, perjudicare a su titular alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo operaciones o gastos, aumentando los que hubiere hecho, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, será sancionado con prisión de tres a cinco años...”*.

⁴¹² Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 1102.

De acuerdo a la doctrina, esta figura se ubica dentro de los delitos contra el patrimonio, de ahí que, la circunstancia que el legislador penal salvadoreño pretende prohibir es que el sujeto activo, que en este caso tiene la calidad especial de ser encargado del manejo y administración de los bienes ajenos con funciones de dirección, manejo, conservación o protección de los mismos, viola los referidos deberes que le fueron conferidos por alterar los precios o condiciones de los contratos, por suponer operaciones, gastos o aumentado los que hubiera hecho y por ocultar o reteniendo valores o empleándolos indebidamente. Por ello, parte de la literatura señala que el infractor puede ser persona natural o jurídica esta última en aplicación del Art. 38 Pn.⁴¹³, del actuar por otro, en cuanto al sujeto pasivo es el titular de los bienes ajenos que son manejados, administrados o cuidados por el infractor que con dicho mal actuar, le ocasiono un perjuicio.

5.4.1.18. Análisis del Art. 232 Pn., Monopolio

En cuanto al Art. 232 Pn., si bien actualmente está derogado⁴¹⁴, la importancia de estudiarlo radica en que esta norma regulaba una conducta que pretendía proteger el orden socioeconómico y que por política criminal de los poderes facticos y formales se decidió derogarlo para que tuviera una regulación meramente administrativa, pero que, a pesar de lo anterior, no ha evitado la concentración del mercado, tal como se dio en el caso de las Harinas de MOSAL y HARISA.

Por ello, se procederá a analizar lo que fue el delito de Monopolio el cual literalmente prescribía que: “...*Sera sancionado con prisión de cuatro a ocho*

⁴¹³ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 763.

⁴¹⁴ Decreto Legislativo No. 528 de fecha 26 de noviembre del 2004, publicado en el Diario Oficial No. 240, Tomo 365 de fecha 23 de diciembre del 2004.

años y multa de ciento ochenta a trescientos días multa el que abusando de una posición de dominio total o parcial del mercado o mediante acuerdos con otras personas o empresas, impidiere, dificultare o falseare las reglas de competencia, conforme a algunas de las modalidades siguientes: 1) La imposición, directa o indirecta, de los precios de compra o venta, 2) La imposición de condiciones especiales para las transacciones o mediante la subordinación de la concusión de los contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones comerciales suplementarios, que por su naturaleza y según las prácticas usuales, no guarden relación con el objeto de los contratos; 3) La imposición de condiciones contractuales desiguales para prestaciones similares; 4) La imposición de limitaciones a la producción, desarrollo técnico o las inversiones de otras personas; 5) El reparto de los mercados, o de las áreas de suministro o de aprovisionamiento; 6) La imposición de condiciones discriminatorias para el transporte de cosas, valores o viene; 7) El abandono de cosecha, cultivos plantaciones, productos agrícolas o ganaderos, y, 8) La detención u obstaculización del funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o de explotación de yacimientos mineros...”

Sobre lo anterior, es importante recordar que el Art. 110 Inc. 1° y 2° Cn., por un lado prohíbe el monopolio cuando no es a favor del Estado y por otro también prohíbe las prácticas monopolísticas, sobre ello, la jurisprudencia constitucional menciona que la finalidad de esta normativa es por considerarlo contrario a los intereses sociales, además aclara que dicha norma tiene por finalidad proteger a los consumidores⁴¹⁵, por lo anterior, al aprobarse el Código Penal de 1998, este ilícito originalmente se encontraba incorporado en el mismo, inclusive en la exposición de motivos de la referida

⁴¹⁵ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 2-192, de fecha 26 de julio del 1999.

ley penal, se mencionaba que “...Se formula el delito de monopolio como protección al mercado y la libre competencia, manteniéndose en su mayoría las figuras vigentes...”⁴¹⁶.

Sobre lo anterior, la doctrina salvadoreña había establecido que, al sancionar el Monopolio, permitía resguardar la competencia, en favor de los consumidores, porque se traduce en una mejor calidad de los productos y servicios, además bajan los precios, pues, existen diferentes distribuidores que el consumidor podría escoger⁴¹⁷ con la finalidad de escoger el mejor producto. En razón de lo apuntado, podríamos decir que tal regulación evitaría la acción dolosa de una persona que pretenda obtener una posición dominante o parcial en la económica y que abuse de ella, al alterar el mercado de bienes y servicios en perjuicio de la colectividad.

Pese a los anteriores postulados, cuando dicha normas apenas tenía 6 años de estar vigente en el Código Penal, en fecha 26 de noviembre del año 2004, la Asamblea Legislativa aprobó la derogatoria expresa del Monopolio como delito, según lo establece el Art. 57 literal b) de la actual Ley de Competencia⁴¹⁸, que dicho sea de paso, tal concepto solamente se ocupó en los considerados de la referida ley, pero en el desarrollo de la misma, se utiliza el concepto de concentración, no así el de monopolio.

⁴¹⁶ Hernández Valiente, Rene, exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Penal, Ministro de Justicia de El Salvador, 25 de mayo de 1994, Editorial Jurídica Salvadoreña, Recopilación de Leyes Penales, San Salvador, El Salvador, 2006, Pág. 83.

⁴¹⁷ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 763.

⁴¹⁸ De acuerdo al Art. 58 de la Ley de Competencia, la misma entraría en vigencia el día 1 de enero del 2006. Decreto Legislativo No. 528 de fecha 26 de noviembre del 2004, publicado en el Diario Oficial No. 240, Tomo 365 de fecha 23 de diciembre del 2004.

Llama la atención que el legislador penal salvadoreño, pretenda despenalizar una conducta de carácter económica. Pero en otras circunstancias, penaliza nuevas conductas y agrava otras, sobre todo cuando se trata de delincuencia clásica o política, pues, al examinar las reformas anteriores, la mayoría fueron encaminadas a incrementar las penas de prisión o penalizar nuevas conductas⁴¹⁹.

5.4.1.19. Análisis del Art. 238 Pn., Competencia Desleal

Previo al análisis del Art. 238 Pn., hay que recordar que la figura de la Competencia Desleal tiene su regulación en el ordenamiento mercantil, específicamente en el Art. 491 del Código de Comercio, donde se define la competencia desleal como la realización de actos encaminados a atraerse clientela indebidamente, mediante engaño al público de forma general o de determinadas personas, con la finalidad de perjudicar directamente a otros comerciantes, y para ello, establece una serie de conductas en la referida norma.

En ese sentido, cuando las acciones realizadas en el comercio son delictivas el Art. 238 Pn., busca castigar la Competencia Desleal, al establecer que: *“...El que propalare hechos falsos o utilizare cualquier otro medio fraudulento capaz de ocasionar grave perjuicio a un competidor, con el fin de obtener*

⁴¹⁹ verbigracia el Art. 149 Pn., que tipifica el secuestro, su penalidad original era de 10 a 20 años de prisión, pero en la última reforma a dicha norma, la penalidad aumento de 30 a 45 año de prisión sin la posibilidad de otorgar el beneficio de libertad condicional o libertad condicional anticipada, además, se incorporó el Art. 147-E para penalizar la conducción temeraria de vehículo automotor y también se reformo el Art. 348 Pn., relativo a los desórdenes públicos al aumentar sus penas. De los anteriores ejemplos, el denominador común es que estos bienes jurídicos no son de naturaleza económica y por ende el tipo de personas que puede cometer tales ilícitos, no son sujetos que se dedique al ámbito empresarial del país.

para sí o un tercero una ventaja indebida, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. (...) Para iniciar el proceso se atenderá a lo dispuesto en el artículo 497 del Código de Comercio...”.

No obstante lo anterior, para que se proceda penalmente existe una regla de procesabilidad contemplada en el Art. 497 del Código de Comercio⁴²⁰, mediante el cual el juez de lo mercantil evaluaría todas las conductas prohibidas en el ámbito comercial y si encontrara una que no corresponde a dicho ordenamiento, remitiría el proceso a la sede penal. Dicha medida está en consonancia con el principio de mínima intervención penal, puesto que solamente las conductas más reprochables pueden ser merecedoras de una pena de prisión o multa.

En razón de lo anterior, -de acuerdo a la doctrina-, el bien jurídico es la competencia leal, pero lo que realmente busca proteger es la libre competencia, el equilibrio del mercado y la justa distribución y precios de los consumidores⁴²¹, por ello, lo que el legislador penal salvadoreño pretende prohibir es que el sujeto activo actué con dolo al hacer circular hechos falsos por medios fraudulentos para causarle un perjuicio a un competidor con la intención de lograr una ventaja indebida, y que la vía mercantil no puede salvaguardarlo.

5.4.1.20. Análisis del Art. 249- A Pn., Evasión de Impuestos

El Art 249- A Pn., regula la Evasión de Impuestos, el cual literalmente establece que: *“...El que omitiere declarar hechos generadores, o declarare*

⁴²⁰ Decreto Legislativo No. 671 de fecha 8 de mayo de 1970, publicado en el Diario Oficial, No. 140, Tomo No. 228, del día 31 de julio de 1970.

⁴²¹ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 824.

costos, gastos, compras o créditos fiscales inexistentes, con el propósito de evadir impuestos, utilizando cualquiera de los medios siguientes: 1) No llevando libros o registros contables, especiales, auxiliares o legales que exigen las leyes tributarias; 2) Llevando doble o múltiple contabilidad o doble o múltiple facturación; 3) Declarando información falsa o inexacta; 4) Excluyendo u omitiendo declarar hechos generadores estando obligado a ello; 5) Destruyendo u ocultando documentos necesarios para la determinación de obligaciones tributarias; 6) No presentando tres o más declaraciones tributarias, habiendo realizado operaciones gravadas; 7) Declarando costos o gastos, compras, créditos fiscales u otras deducciones, hechos o circunstancias que no han acontecido; 8) Respaldando sus costos, gastos o compras en contratos falsos o inexistentes. (...) Será sancionado con prisión de cuatro a seis años, cuando el impuesto evadido corresponda al Impuesto sobre la Renta y la suma evadida fuere de trescientos mil a quinientos mil colones; y con prisión de seis a ocho años, si la evasión de impuestos excediere de quinientos mil colones. (...) Cuando el Impuesto evadido corresponda a impuestos que se declaran mensualmente y el monto evadido en dicho período tributario fuere de cien mil a trescientos mil colones será sancionado con prisión de cuatro a seis años. (...) Si la evasión de los impuestos de carácter mensual excediere de trescientos mil colones en el período tributario, la pena será de seis a ocho años de prisión. (...) En el caso de contribuyentes del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, que se encuentren obligados a aplicar proporcionalidad del crédito fiscal, el monto evadido se establecerá tomando como base doce períodos tributarios y para la aplicación de la sanción se atenderá a los mismos montos y penas establecidas para el Impuesto sobre la Renta. La regla anterior también será aplicable cuando existan remanentes de crédito fiscal en uno o más períodos tributarios que incidan en otros en los que se ha suscitado evasión de impuestos...”.

El presente delito, si bien tiene una estructura compleja, pero podemos decir que el legislador penal pretende evitar la defraudación a la administración tributaria⁴²², por omitir declarar hechos generadores o declarar los mismos pero que son inexistentes con el propósito de evadir los impuestos y con ello evitar el ingreso del dinero a las arcas del Estado. Por ello, las acciones típicas realizadas son infracción de deberes principales y formales tributarios, es decir, la acción de omitir o de entregar la declaración tributaria con datos falsos para evadir el impuesto mencionado. Por lo que, dicha actuación en un primer momento lesiona el bien jurídico que es la Hacienda Pública entendida esta como el conjunto de recursos de los que dispone el Estado salvadoreño para realizar sus actividades la cual está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico, cuya titularidad le corresponde al Estado y entes públicos.

En ese contexto, el derecho económico propiamente afectado es el de los Institutos Jurídicos Tributarios, regulado en los Arts. 30, 38, 42, 62-A, 74, 85, 91, 98, 126 del Código Tributario⁴²³ (El Salvador) y Arts. 2 Literal b) y d) 5, 7, 8 y 41 de la Ley de Impuesto sobre la Renta⁴²⁴ (El Salvador), y demás leyes especiales, ya que, con dicho ilícito se afectó al Estado en su poder tributario recaudatorio y con ello se limitó el uso de dicho caudales para la realización de obligaciones públicas consistentes en hacer obras o prestar servicios.

Asimismo, también se lesionó el bien jurídico tributario, es decir, la función del sistema tributario patrimonial que tiene a su base la justicia y política

⁴²² Gracia Martín, Luis, "La Configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho Penal Español: crítica de la regulación vigente y propuesta de reforma" Civitas revista española de Derecho Financiero No. 58, Madrid, España, 1988, Pág. 268.

⁴²³ Decreto Legislativo 230, de fecha 14 de diciembre de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 241, Tomo No. 349 de fecha 22 de diciembre de 2000.

⁴²⁴ Decreto Legislativo 134, de fecha 18 de diciembre de 1991, publicado en el Diario Oficial No. 242, Tomo No. 313 de fecha 21 de diciembre de 1991.

económica del tributo concretadas en la realización efectiva y puntual de la recaudación tributaria correspondiente a cada tributo (impuesto) singular⁴²⁵. Lo anterior se debe a que el sustrato real afectado es la Hacienda Pública Tributaria y de igual manera al declarar fraudulentamente el impuesto, tiene como resultado que el objeto material se viera afectado en su pretensión tributaria objetiva y subjetiva.

Sobre esto último, en cuanto a la pretensión tributaria objetiva o pretensión que el Estado tiene derecho, es la que surge de la ley tributaria como consecuencia del hecho generador, es decir, lo que quiere y debe conseguir. Sin embargo, para que se concretara la lesión al bien jurídico, también debe haber una vulneración a la administración tributaria en su pretensión tributaria subjetiva, es decir, que no se dio a conocer los datos reales y relevantes del contribuyente en el que se determine la existencia de la deuda y cuanto es la deuda, en un periodo fiscal determinado.

De ahí que, según el art. 249-A Inc. 2 Pn, para que el hecho constituya delito es necesario que el monto evadido fuera más de ₡300.000 colones, por ello se puede afirmar que el contribuyente al no pagar el monto, incumple su obligación objetiva al no tributar lo que le correspondía al año fiscal que según las leyes tributarias imponen coactivamente la obligación de declarar para que se pueda realizar acto de liquidación. En ese orden de ideas, el contribuyente al no dar a conocer datos relevantes sobre la deuda tributaria también lesiona la pretensión subjetiva.

Finalmente, respecto al plazo como requisito para la configuración del delito Tributario, se da al no pagar impuesto en la cuantía debida en el tiempo

⁴²⁵ Gracia Martín Luis, "Las Infracciones de deberes contables y registros tributarios en Derecho Penal", Editorial Trivium; Madrid, España, 1990, Pág. 72.

determinado también se lesiona el bien jurídico, en tanto que el acto de liquidación cuando se realiza de forma fraudulenta también lesiona la presentación subjetiva y con ello no se logra la pretensión objetiva a la cual el Estado tiene derecho.

En cuanto al sujeto activo, primero hay que tomar en cuenta que la acción en el derecho tributario es la obligación que surge de la ley, es decir que el sujeto realice una prestación de pago del impuesto al ente estatal. De ahí que, se debe diferenciar entre obligación tributaria principal o sustancia y las formales, ya que en las primeras se da el pago del tributo y en la segunda son obligaciones accesorias cuya función es asegurar el efectivo cumplimiento de la obligación principal.

Sobre esta última, es decir, las obligaciones accesorias están contempladas en los Arts. 30, 38, 42, 62-A, 74, 85, 91, 98, 126 del Código Tributario (El Salvador) y Arts. 2 Literal b) y d) 5, 7, 8 y 41 de la Ley de Impuesto sobre la Renta (El Salvador) y estas son: 1) Obligación de declarar del sujeto pasivo (contribuyente), 2) Llevar contabilidad y registro para determinar la base imponible, 3) Obligación de informar, 4) Obligación de establecer domicilio y 5) Obligaciones que se le pone a instituciones diferentes al contribuyente como son los bancos y notarios.

Por lo anterior, solamente pueden ser acción típica aquellos modos de conducta que supongan una lesión de obligación tributaria principal; sin embargo, puede haber casos en que las obligaciones accesorias suponen un peligro a la obligación principal y que merezca ser tipificada como delito. Teniendo claro lo apuntado, solamente las acciones de evasión de impuesto dañan el bien jurídico tributario. De ahí que, el legislador penal al seleccionar las acciones típicas para establecer la conducta prohibida, también debe

tomar en cuenta la deuda tributaria evadida, su cuantía y el plazo de liquidación. Lo anterior tiene su razón puesto que la declaración es el mecanismo mediante el cual el contribuyente pone los datos relevantes sobre su deuda tributaria.

Respecto a nuestra legislación penal el Art. 249-A Pn, establece que la declaración es el medio por el cual se busca lesionar el bien jurídico tributario, de ello se puede afirmar que la acción típica de defraudación tributaria es la ocultación de datos reales que no se declaran (omisión) o falsean los datos que se declaran (acción), por lo que solamente así la administración queda en situación de desconocimiento de datos para liquidar. Lo anterior, tiene su fundamento en que la acción típica tributaria constituye la conducta que infringe el deber de declaración, ya que, en el ocultamiento o falseamiento de datos reales deja a la administración en desconocimiento de la deuda tributaria.

Por ello, se puede decir que el autor del delito tributario es el obligado según el Derecho Tributario, es decir, la persona que quien tiene la voluntad lesionar o poner en peligro a la Hacienda Pública. Sin embargo, la complicación surge cuando el contribuyente es una persona jurídica, ya que, se podría confundir el sujeto pasivo del tributo con el autor de delito tributario, pero esto no puede ser así, debido que la persona jurídica no se le podría imponer una pena de prisión según nuestra actual legislación.

En ese orden de ideas el Art. 249-A Pn., establece que este delito solamente puede ser cometido por determinadas personas con estatus personal, que en los delitos tributarios es el contribuyente (condición del obligado tributario de la deuda que recaiga la conducta defraudadora, es decir, realiza ingresos menores cuantitativamente a los establecidos por la ley), pues, solamente

puede ser autor (sujeto cualificado) el obligado tributario de la deuda que ha defraudado.

De ahí que, para revisar el grado de participación de los sujetos se debe aplicar la teoría de actuar por otro que en nuestra legislación penal se encuentra contemplada en el Art. 38 Pn., la cual nos permitirá en primer lugar, señalar quien fue el autor de delito y en segundo plano el grado de participación de la persona o los demás sujetos que cometieron el delito, lo anterior se debe a que no todos los involucrados están obligados a tributar y por ello no todos puede ser autores.

Al respecto, para atribuir penalmente en este caso la calidad de autor del delito tributario, se debe tomar en cuenta que solamente puede ser autor el obligado a tributar, pero ocurren como se dijo en el párrafo anterior que esta labor recae en la persona jurídica, por lo que al tomar en cuenta que en el derecho penal solamente puede ser culpable la persona física, es necesario en primer lugar determinar quién ha cometido la conducta prohibida y para ello hay que acudir a la normativa tributaria, lo anterior se debe a que nos encontramos en presencia de una norma penal en blanco.

De ahí que, al revisar el Capítulo III título II Art. 30 del Código Tributario, se considera sujeto pasivo el obligado a tributar, ya sea en calidad de contribuyente o responsable siempre que se haya realizado el hecho generador, en ese sentido el Art. 39 Código Tributario establece que los contribuyentes están obligados al pago de los tributos y al cumplimiento de las obligaciones formales establecidas por el código y las leyes. Además, el Art. 42 del Código Tributario consideran responsables quienes aun sin tener el carácter de contribuyente por disposición legal tienen el deber de cumplir las obligaciones del contribuyente; y finalmente el Art. 43 del Código

Tributario enumera una lista de responsables siendo uno de ellos los administradores o representantes legales de la empresa.

De lo anterior, al aplicar la teoría del actuar en lugar de otro que en nuestro Código Penal está en el Art. 38 Pn., que literalmente prescribe: “...*El que actuare como directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare ...*”. Podemos inferir que el legislador penal establece es que el sujeto activo (cualificado) al cumplir una serie de elementos del tipo penal, por ficción legal se le transmite (aun intraneus) la imputación del delito que en el caso en comento sería el de evasión de impuesto del Art. 249- A Pn. Por lo anterior, en una sociedad es el representante según el pacto social a quien se le transmite la responsabilidad⁴²⁶ de la misma, por falta o delito cometidos de forma dolosa.

5.4.1.21. Análisis de los Arts. 255 y 256 Pn., sobre Contaminación Ambiental y su Agravante

Los Arts. 255 y 256 Pn., regulan la Contaminación Ambiental y las circunstancias que lo Agravan, los cuales literalmente establecen que: “...*El que provocare o realizare directa o indirectamente, emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier naturaleza en el suelo, atmósfera, aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas, en contravención a las leyes y*

⁴²⁶ Martínez Ventura, Jaime Edwin, “Problemas dogmáticos jurídicos de la tipificación de los delitos relativos a la hacienda pública, particularmente la evasión de impuestos, en el Código Penal salvadoreño vigente”, Universidad de El Salvador, 2017, Pág. 229.

reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.(...) En los casos del artículo anterior, la pena será de seis a diez años de prisión si el hecho se atribuyere a persona jurídica, pública o privada, que funcionare sin el correspondiente permiso ambiental o clandestinamente o haya desobedecido las disposiciones expresas de la autoridad ambiental para que corrigiere o suspendiere sus operaciones; hubiere aportado información falsa para obtener el permiso ambiental correspondiente o hubiere impedido u obstaculizado la inspección por la autoridad del medio ambiente...”.

Dicha norma, lo que busca proteger es el medio ambiente entendido como el sistema equilibrado de elementos bióticos, abióticos, socioeconómicos, culturales y estéticos que interactúan entre sí, con los individuos y con la comunidad en la que viven, determinando su relación y sobrevivencia, en el espacio y en el tiempo⁴²⁷.

Sobre lo anterior, el tipo básico del Art. 255 Pn., plantea problemas de causalidad natural, y de peligro grave para la vida o salud o para el equilibrio de los sistemas naturales, en cuanto al sujeto activo puede ser un particular que actué con dolo, la conducta típica serían las siguientes, 1) Provocar: el cual indica una intervención en fase preparatoria, 2) Realizar: el cual indica autoría en sentido dogmático, ya sea como autor directo o mediato, 3) Resultado de emisión (arrojar, exhalar o echar hacia fuera algo, no necesariamente un gas, lanzar ondas hercianas), vertido (evacuación de líquidos) o radiación como consecuencia de la acción, 4) Con contravención de las leyes y reglamentos (norma penal en blanco por lo que se remite de

⁴²⁷ Art. 5 Ley del Medio Ambiente, Decreto Legislativo 233 de fecha del día 2 de marzo de 1998, publicado en el Diario Oficial, No. 79, Tomo No. 339, de fecha 4 de Mayo de 1998.

forma parcial y dinámica a la normativa administrativa que sea vulnerado), 5) Puesta en peligro grave (probabilidad de la lesión más la magnitud de la lesión previsible en función de la extensión en el espacio, la prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación) de la salud o calidad de vida de las personas o del equilibrio de los sistemas naturales (La alteración del statu quo ex ante y el daño a la persona ex post).

En cuanto al tipo cualificado del Art. 256 Pn., el legislador penal determino que si el hecho fuere atribuido a persona jurídica, pública o privada, que funcionare (de modo manifiesto), o clandestinamente (de modo oculto) y que haya desobedecido las disposiciones expresas de la autoridad ambiental para que corrigiere o suspendiere sus operaciones deberá ser sancionado.

5.4.1.22. Análisis del Art. 4 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos

El Art. 4 Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos en adelante LCLDA, regula el blanqueo de capitales, al establecer literalmente lo siguiente: *“...El que depositare, retirare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de dichas actividades delictivas, dentro o fuera del país, será sancionado con prisión de cinco a quince años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios al momento que se dicta la sentencia correspondiente. (...) Se entenderá también por lavado de dinero y de activos, cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito y a legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas*

cometidas dentro o fuera del país. (...) En el caso de las personas jurídicas, las sanciones serán aplicadas a las personas naturales mayores de 18 años, que acordaron o ejecutaron el hecho constitutivo del lavado de dinero y de activos...”.

Sobre el referido artículo, primeramente debemos recordar que en los considerandos de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos⁴²⁸, mencionan que se había ratificado el Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Droga y Delitos Conexos⁴²⁹, y en virtud del mismo imponía la necesidad de adoptar medidas legales para que las inversiones fuera de origen lícito, para evitar que se ultimen mecanismos de lavado de dinero, lo cual puede poner en peligro la estabilidad del sistema financiero y la pérdida de confianza del mismo, además serviría para combatir la criminalidad organizada.

Sobre lo anterior, dicha ley fue elaborado con los aportes doctrinales de aquel momento, pues, incluso fue antes de que se aprobara la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000). Por lo que, del contenido de dicha ley tiene características más sancionatorias que preventivas. Ahora bien, en su contenido interno desarrolla varias conductas, siendo el Art. 4 LCLDA, el tipo básico, mixto alternativo por su pluralidad de verbos rectores, en cuanto al bien jurídico protegido, si bien la doctrina se discute la protección jurídico penal al ser

⁴²⁸ Decreto Legislativo No. 498, de fecha dos de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial No. 240, Tomo No. 341 del día 23 de diciembre de 1998.

⁴²⁹ Decreto Legislativo No. 126, de fecha 30 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 227 Tomo No. 337 de fecha 4 de diciembre de 1997.

pluriofensivo, la mayoría coincide en que daña el orden socioeconómico⁴³⁰, por la afectación al sistema financiero. En cuanto al sujeto activo, puede ser cualquier persona que actúe con dolo; por otra parte, el ciclo del lavado de dinero es la colocación, conversión y transformación con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilegal de capital, en razón de lo anterior, basta que se realice uno de los verbos rectores para la configuración del mismo.

Ahora bien, un tema que debe tomarse en cuenta es el aspecto procesal en los enjuiciamientos que se realizan para condenar a esta clase de delincuencia y es que debido a la complejidad de los casos se debe elaborar una buena teoría del caso aplicando los protocolos cuando se investigan delitos financieros y económicos, pues la prueba pericial es por naturaleza contable y por lo general se debe analizar una gran cantidad de estados financieros que dicho sea de paso, tiene una apariencia de legalidad pero que en realidad se realizó un proceso para ocultar y transforma el dinero producto de los hechos ilícitos.

Agregado a lo anterior se deben tomar en cuenta los plazos reales para realizar todas las diligencias necesarias para recolectar la evidencia y que esta sea presentada en su momento oportuno ante los tribunales de justicia penal, pues en muchos casos hay datos que deben ser recolectados en otros países y con legislación totalmente diferente, por ello, se debe tener un grupo de agentes preparados para realizar este tipo de investigación para que coordinen con los oficiales de cumplimiento de las instituciones bancarias, con contadores, auditores y oficiales internacionales, todo con la finalidad de plantear buenos casos y que se logren las sanciones respectivas.

⁴³⁰ Nieto Martín, Adán, "Derecho Penal Económico", Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2019, Pág. 80.

CAPÍTULO VI

JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE CASOS DE CORRUPCIÓN EN EL SALVADOR

El presente capítulo estudia la jurisprudencia nacional que tiene relación con la corrupción, pues se analizan el caso Molinos de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable (MOLSA) y HARISA, S.A. de C.V., (HARINA), Caso CEL- ENEL, caso SACA, caso Record.

6. Jurisprudencia emitida sobre delitos de corrupción de carácter económico.

Previo al desarrollo del tema, como es sabido la jurisprudencia es la concurrencia de varias sentencia en el mismo sentido, dictadas por un órgano jurisdiccional que resuelven casos en sentidos semejantes⁴³¹, para el cumplimiento de lo anterior, las resoluciones judiciales deben tener coherencia lógica y argumental de las normas aplicadas, las cuales pueden ser en primer lugar creadoras, es decir, que añaden nuevos elementos por lo que llenan alguna laguna legal, en segundo lugar, pueden ser declarativas, es decir, que estas se limitan a señalar las normas legales. Otro aspecto a tomar en cuenta con respecta a las resoluciones judiciales, es que estas por si mismas tienen las características de que son de obligatorio cumplimiento el cual se puede exigir mediante los medios coercitivos del Estado.

⁴³¹ Torr , Abelardo "Introducci3n al derecho, editorial Abeledo Perrot, 14  edici3n, Buenos Aires Argentina, 2003, Pág. 368.

Finalmente, en nuestro país, al tener un sistema procesal penal mixto de tendencia acusatoria⁴³², se instauró diferentes competencias para las sedes penales, por lo que, en el proceso penal común los Tribunales de Sentencia conocen en primera instancia de los delitos y faltas, de cuyo resultado se dictaran una sentencia la cual puede ser en sentido condenatoria o absolutoria, por otro lado, las Cámaras conocerán en segunda instancia de los procesos impugnados mediante recurso de apelación y podrán decidir confirmar, reformar, revocar o anular la sentencia venida en grado y finalmente, la Sala de lo Penal conocerá en casación de las sentencias emitidas en segundo grado por inobservancia del procedimiento o errónea aplicación de la ley, y sobre esto último, el legislador penal estableció que esta sede puede crear doctrina legal y para ello debe emitir tres sentencias uniformes en materias idénticas en casos semejantes.

Ahora bien, debido a que la Sala de lo Constitucional en virtud del Art.183 Cn.⁴³³, es el único órgano que el constituyente salvadoreño le otorgó la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes en cualquier materia (incluso penales) y que sus efectos son Erga Omnes, es decir, de obligatorio cumplimiento, dichas resoluciones también inciden en la justicia penal. Por otra parte, si un particular sea sociedad o persona natural tiene un conflicto con el estado esta se debe resolver en la jurisdicción contenciosa y administrativa y sobre ello su máximo tribunal es la Sala de lo Contencioso Administrativo. Por lo anterior, se estudiarán las sentencias más relevantes de los organismos antes mencionados.

⁴³² Decreto Legislativo No. 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo 382, del 30 de enero de 2009.

⁴³³ Decreto Constituyente N° 38 del día 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo 281, del día 16 de diciembre de 1983.

6.1. Análisis crítico del caso Molinos de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable (MOLSA) y HARISA, S.A. de C.V., (HARINA).

Según los hechos, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, después de realizar un estudio de mercado sobre los productos derivados de la harina de trigo, emitió resolución el 4 de septiembre de 2008, en la que se ordenaba a la sociedad MOLSA, S.A. de C.V., que se abstuviera de seguir cometiendo prácticas anticompetitivas, asimismo, le impuso una multa equivalente a un millón novecientos setenta y un mil quince dólares con dieciséis centavos (\$1, 971,015.16).

Sobre lo anterior, inconformes con lo decidido la sociedad mencionada promovió juicio contencioso, es así que, la Sala de lo Contenciosos Administrativo (en adelante SCA) en fecha 1 de diciembre de 2011, emitió resolución en la que declaró ilegal el acto emitido por la autoridad administrativa. Posteriormente, la superintendencia, promovió proceso constitucional de amparo ante la Sala de lo Constitucional, sede judicial que en fecha 24 de octubre de 2014⁴³⁴, resolvió declarar ha lugar a lo solicitado por la vulneración a la seguridad jurídica y retrotrajo el proceso hasta antes del acto de la sede judicial contenciosa.

En consecuencia, en fecha 23 de mayo de 2017⁴³⁵, la Sala de lo Contencioso Administrativo emitió fallo en el que declaró que no existen los vicios de la resolución de la Superintendencia de Competencia. De ahí que, los argumentos más trascendentes para el presente trabajo son los siguientes: en primer lugar, la SCA mencionó que las prácticas anticompetitivas o colusorias

⁴³⁴ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de amparo Ref. Inc. 206-2012, de fecha 24 de octubre del 2014.

⁴³⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de amparo Ref. Inc. 334-2008, de fecha 23 de mayo del 2017.

son comportamientos coordinados entre agentes competidores o agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo o de comercialización que, a través de la coordinación, dejan de actuar de modo independiente entre sí y se comportan coludidos según los términos pactados o convenidos, creando así una restricción indebida de la competencia; en ese marco, al estudiarse el elenco probatorio para determinar si se estaba dando dicha práctica, examinaron las declaraciones testimoniales de los diferentes Gerentes de HARISA y MOLSA, donde constataron que dichas empresas no poseían políticas de comercialización o de ventas que propicien el aumento de sus carteras de clientes, lo cual va en detrimento de la libre competencia; en consecuencia, sus políticas no son agresivas ni competitivas, lo cual coincidía con los resultados obtenidos en el test de rivalidad de mercado de la harina de trigo en El Salvador.

Lo anterior, se debía a que había constante intercambio de información sobre ventas entre ambas empresas y que las participaciones de mercado de cada uno de los agentes económicos investigados se han mantenido estables. Asimismo, las declaraciones indicaban que los planes de crecimiento de ventas de ambos agentes económicos se diseñaban, principalmente en función del crecimiento poblacional y no se mencionaba como un factor determinante el incremento de su participación en el mercado, lo anterior creó una barrera en la participación de posibles competidores.

En cuanto a la prueba instrumental, se había incorporado: a) Un reporte de ventas de harina de trigo el cual fue cotejado con una hoja de cálculo de Microsoft Excel, denominada VENTAS HARISA, MOLSA que había sido incautado a la sociedad en mención b) Un documento electrónico de Excel, titulado "Ajuste Acumulado Cuadrado Con Sa", c) Las hojas de la agenda del Gerente de Comercialización de MOLSA.

Por lo anterior, dicha sede judicial determinó que HARISA y MOLSA adoptaron un acuerdo mediante el cual se han dividido el mercado de harina de trigo en El Salvador, asignándose entre las dos sociedades, de manera sistemática el 45.0% para HARISA y el 55.0% para MOLSA, respecto del total de ventas de harina de trigo. En virtud de dicho acuerdo se intercambiaban periódicamente entre sí información sensible respecto a las ventas de harina de trigo, participaciones de mercado. Asimismo, en aras de lograr la efectividad del acuerdo crearon un mecanismo de compensación para garantizar que las participaciones acordadas no se modificaran, evidentemente, la intención de ambos agentes económicos era limitar la competencia entre ellas tal como lo señaló el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en consecuencia, se pudo comprobar la práctica anticompetitiva establecida en el artículo 25 letra d) de la ley de Competencia.

En razón de lo anterior, se resolvió declarar que no existen los vicios de ilegalidad en los actos emitidos por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en la resolución SC-005-0/NR-2008, emitida a las doce horas del día cuatro de septiembre de dos mil ocho, mediante la cual sancionó a MOLSA, S.A. DE C.V., con una multa por la suma de un millón novecientos setenta y un mil quince dólares de los Estados Unidos de América con dieciséis centavos de dólar (\$1,971,015.16), equivalentes al tres por ciento (3%) respecto de las ventas anuales obtenidas durante el año dos mil siete, por haber cometido la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 25 letra d) de la Ley de Competencia, al haber adoptado un acuerdo de división del mercado de harina de trigo por participaciones de ventas, el cual ha funcionado a partir del uno de enero de dos mil seis.

Del anterior caso, si bien se han realizado acciones administrativas, es paradójico que no se haya realizado investigación de índole penal aun que vale la pena aclarar que como se mencionó anteriormente, nuestra legislación no cuenta con el delito de Monopolio y el de Corrupción en el Sector Privado, lo cual en acciones semejantes a la presente o más reprochables, no se podrían derivar en proceso de esta naturaleza, pese a que perfectamente los hechos encajarían en los tipo penales mencionados, por lo que, posiblemente haya casos en los que se queden impunes y donde el orden económico y la colectividad se verían afectados, sin ningún tipo de resarcimiento, pues, como ejemplo el presente caso, cualquier multa que se le imponga no tendría el mismo efecto debido a la fluctuación económica.

6.2. Análisis crítico de la resolución emitida por el Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, clasificado bajo la Ref. 130-3-2015, respecto al caso CEL-ENEL

De acuerdo a la historia nacional y a las diligencias judiciales, desde que el licenciado Alfredo Cristiani llego hacer presidente de la República (1989-1994), El Salvador comenzó un proceso de privatización de los bienes estatales y cuando llego el Dr. Armando Calderón Sol a la presidencia (1994-1999) dicho proceso siguió siendo una política gubernamental⁴³⁶, en ese marco en el año de 1996 se firmó un contrato de préstamo en el que se especificó que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL) le correspondía crear entidades independientes por lo que el 10 de octubre de 1996 se creó la Ley General de Electricidad que en su Art. 119 instituía a la CEL la reestructuración de su actividad, para que esta fuera desarrollada por

⁴³⁶ Arias Peñate, José Salvador, "Derrumbe del neoliberalismo: lineamiento de un modelo alternativo", Editorial Universitaria, 1º Edición, San Salvador, El Salvador 2008. Pág. 86

entidades privadas y de esta manera se creó GESAL, la cual el 31 de julio de 1998 modificó su nombre a la Energía Geotérmica El Salvador GEO, (ahora bien, la creación de las sociedades no implicaba la distribución de los dividendos).

De acuerdo a los documentos, supuestamente en ese periodo la CEL no tenía capital para invertir en actividades Geotérmicas por lo que se necesitaba de un socio estratégico para realizar tal actividad, por lo que, la CEL procedió a contratar a un supuesto asesor financiero para que propusiera lineamientos para la actividad energética, esta persona propuso una serie de alternativas, entre ellas, incluir como socio estratégico, es decir, a GESAL- actualmente GEO, y por otra parte, se abrió un concurso público internacional para mejorar el mercado de energía, siendo la empresa ENEL Green Power S.P.A., quien realizaría tal labor, por lo que, dicha sociedad compró acciones de la empresa nacional para tal fin.

Posteriormente, al haber diferencias entre los socios y la falta de transparencia en este proceso de licitación, se realizaron varios litigios a nivel internacional y nacional (entre ellos el proceso penal que nos interesa en el presente trabajo) el cual se entablo contra Guillermo Alfredo Sol Bang, Jorge José Siman Zablah, Pero José Escalón Pacas, Julio Alberto Olano Noyola, Carlos Jacinto Chavarría Aguilar, Thomas Roy Hawk Baker, José Ricardo Palomo Deneke y Miguel Ernesto Lacayo Argüello, por el delito de Peculado, previsto y sancionado en el Art. 325 Pn., en perjuicio de la Administración Pública y subsidiariamente del patrimonio de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa "CEL", INVERSIONES ENERGÉTICAS S.A. DE C.V. "INE" y Las finanzas del Estado.

Dicho caso, paso por el Juzgado de Paz y de Instrucción de San Salvador llegando al Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador, que en fecha tres de julio del año dos mil quince, realizó una Audiencia Especial, pues la defensa presentó escrito para que se cambiara la tipificación de Peculado a Peculado por Culpa, en cambio la fiscalía primeramente había solicitado audiencia para la depuración de prueba.

No obstante las peticiones, en la audiencia referida la representación fiscal mencionó que estaban presentes para dar cumplimiento a la responsabilidad fijada en el Acuerdo Marco del litigio internacional que se había generado y que en una de sus cláusulas se había estipulado que se debería extinguir cualquier tipo de responsabilidad civil que se derivará del caso, pues, este debía ser presentado a dicho centro internacional para verificar su cumplimiento y así finalizar el litigio internacional. El segundo punto que alegó el ministerio fiscal, fue el cambio de calificación tal cual lo pidió la defensa.

Por lo anterior, el tribunal de sentencia, en primer lugar resolvió sobreseer definitivamente a los imputados por responsabilidad civil, en cuanto al segundo punto el tribunal razonó que para verificar la configuración del delito de Peculado por Culpa se debía analizar los siguientes aspectos, entre ellos, si hubo riesgo de los bienes estatales, además verificar si el Estado se vio afectado, en ese sentido el tribunal mencionó que la parte fiscal en la audiencia se dio por satisfecho.

Por otra parte, señalo que del cuadro factico el Tribunal no verificaba la forma como los bienes se han visto afectados, o la forma como los funcionarios y particulares se han visto beneficiados por la comisión del peculado por culpa. Agregado a lo anterior, no se estableció el rol de cada

uno de los sujetos para que terceros se hayan visto beneficiados de este acto ilícito, por lo anterior, se procedió al cambio de calificación y en vista que a la fecha que se dieron los sucesos la penalidad era de días multas, se declaró la prescripción de la acción penal, y en consecuencia se decretó sobreseimiento definitivo por este extremo.

Sobre lo anterior, llama la atención una serie de asuntos, en primer lugar el entramado para favorecer a entidades privadas, el segundo es la pérdida del patrimonio estatal, la tercera es la incongruencia de la fiscalía al ejercer la acción penal, la cuarta es que un litigio internacional de carácter privado tuviera repercusiones directas en un proceso penal nacional, la quinta es la facilidad en que se procedió a cambiar la tipificación del delito de Peculado a Peculado por Culpa, pues, con dicho cambio abrió la puerta a que este proceso finalizara anormalmente, y supuso un manto de impunidad, ya que, no se tiene certeza si efectivamente los imputados se aprovecharon del desvío de fondos públicos.

6.3. Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref. 390-C-2019⁴³⁷, por el delito de Peculado y Lavado de Dinero y de Activos, respecto al caso SACA.

Sobre dicho caso es oportuno recordar que los hechos delictivos ocurrieron desde el día 01 de junio del año 2004 al 31 de mayo del año 2009; en el periodo que gobernó el ex Presidente de República el señor Elías Antonio Saca González; quien junto a sus funcionarios y empleados, entre ellos,

⁴³⁷ Este caso fue diligenciado por las normas del Código Procesal Penal (vigente) Decreto Legislativo No. 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo No. 382, del día 30 de enero de 2009, el actual modelo de justicia es de doble instancia, por lo que las resoluciones emitidas por el tribunal de sentencia según lo estipula el Art. 468 Pr. Pn., sería conocidas por las Cámara de Segunda Instancia y de las resoluciones de estas, según el Art. 479 Pr Pn., conocerá la Sala de lo Penal.

Elmer Roberto Charlaix Urquilla, Secretario Privado de la Presidencia de la República, Julio Humberto Rank Romero ex Secretario de Comunicaciones, Francisco Rodríguez Arteaga ex Gerente Financiero de Casa Presidencial de El Salvador en adelante "CAPRES", Jorge Herrera Castellano ex Jefe de Tesorería de "CAPRES", Pablo Gómez ex Asistente Técnico Financiero de la institución en mención, Cesar Daniel Funes Duran, ex Secretario de la Juventud, realizaron desvíos de fondos dado que el señor Saca González, modificó el "Reglamento Interno de Funcionamiento para el Manejo, Control y Fiscalización de los Fondos Públicos, Gastos Reservados y Secretos de la Presidencia de la República, Destinados a Las Actividades de Inteligencia, Clasificación, Manejo y Protección de la Información y Deber de Guardar Secreto de los Colaboradores Designados Para el Manejo de los Gastos Reservados y Secretos" que vale la pena aclarar, que este es un documento cuestionado por su legalidad, ya que, no finalizó su proceso de formación al no ser publicado.

Lo anterior se hizo con la finalidad de poder disponer de forma personal y beneficiarse del mismo con los fondos públicos que se le habían asignado a la Presidencia de la República, para ello, el señor Saca González había ordeno al señor Charlaix Urquilla, hiciera los cheques y las acciones necesarias, con el fin de sustraer ilegal los Fondos de Cuenta Subsidiarias del Tesoro Público de Presidencia de la República, para ello, se realizó la apertura de nuevas cuentas a título personal de los incoados Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Albert Herrera Castellano y Pablo Gómez, quienes estuvieron de acuerdo a realizar el ilícito, ya que, abrieron las referidas cuentas bancarias con nombre de personas naturales sin la autorización del Ministerio de Hacienda, trasladándose todos esos fondos a la cuentas en los Bancos Cuscatlán e Hipotecario, donde llegaba el encartado Pablo Gómez a cambiar cheques por efectivos y depositarlos a nombre de la cuenta del

partido político Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) y las distintas empresas privadas, entre ellas, Grupo Samix, Radio difusión de El Salvador, Radio difusión Usuluteca, América publicidad S.A de C.V., ANLE S.A de C.V., Funes y Asociados publicidad. S.A de C.V. Biachi & Asociados S.A de C.V., Campaña S.A de C.V., corporación Redes S.A de C.V.⁴³⁸ tal como lo han expuesto en su testimonios las empleadas de los bancos antes mencionados y en otras ocasiones en llevarse el efectivo en un attaché negro que llevaba consigo, situación que es reprochable en tanto que el Art. 9 de Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, obliga a las instituciones financiera a informar de cualquier transacción que exceda de quinientos mil colones (500, 000) o su equivalente a la conversión actualmente fijada a la fecha de publicación de esta tesis de 8.75 colones por cada dólar, siendo un total de cincuenta y siete mil ciento cuarenta y dos dólares con ochenta y cinco centavos (\$ 57,142.85).

Posteriormente, después de las investigaciones fiscales se promovió el respectivo proceso penal el cual llegó a la sede del Tribunal Segundo de Sentencia de San Salvador, instancia que realizó procedimiento abreviado y emitió sentencia condenatoria del caso en contra del Elías Antonio Saca González, Elmer Roberto Charlaix Urquilla, Francisco Rodríguez Arteaga, Jorge Alberto Herrera Castellanos y Pablo Gómez, a todos los imputados se les atribuyó el delito de Peculado previsto en el Art. 325 Pn., en perjuicio de la Administración Pública. Asimismo, exceptuando al imputado Jorge Alberto Herrera Castellanos, todos los restantes acusados se les atribuyó el delito de Lavado de Dinero y de Activos, previsto en el Art. 4 de la Ley Contra el

⁴³⁸ <https://investigaciones.elfaro.net/los-cheques-de-la-corrupcion>, de fecha 18/09/2020 a las 12:44 y [https://elfaro.net/es/201611/el_salvador/19492/%C2%BFC%C3%B3mo-desviar-\\$246-millones-sin-que-suene-ninguna-alarma-en-el-Estado.htm](https://elfaro.net/es/201611/el_salvador/19492/%C2%BFC%C3%B3mo-desviar-$246-millones-sin-que-suene-ninguna-alarma-en-el-Estado.htm) de fecha 18/09/2020 a las 12:46.

Lavado de Dinero y de Activos (LCLDA) en perjuicio del Orden Socioeconómico.

Dicha instancia judicial, después de hacer sus consideraciones de hecho y derecho pronunció sentencia condenatoria, por tal razón, la defensa particular de los procesados inconformes con lo decidido, presentaron recurso de apelación que fue resuelto por la Cámara Segunda de lo Penal de la Primera Sección del Centro, instancia judicial que emitió un fallo en el cual reformó lo decidido en primer grado. Sobre esto último, la representación fiscal impugnó dicho proveído vía recurso de casación, ante la Sala de lo Penal, dicha sede judicial en fecha 20 de diciembre de 2019, emitió resolución mixta en la que decidió casar la resolución de segundo grado, confirmar lo que se había decidido en primer grado y finalmente, enmendando los errores materiales en cuanto a la responsabilidad civil.

Ahora bien, de los argumentos que sirvieron de base para esta resolución, solamente se analizaran los puntos más sobresalientes para esta investigación, así: el primero punto reflexionado por la Sala de lo Penal, era con referencia a que en nuestra legislación penal, el Art. 33 Pn., clasifica a los responsables penalmente en autores directos (los que por sí cometen el delito), y coautores (aquellos que cometen el delito conjuntamente con otro u otros); en cuanto al Art. 34 CP regula los autores mediatos siendo estos los sujetos activos que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento.

Por otra parte, los Magistrados de casación, al estudiar las sentencias de grado, determinaron que los funcionario judiciales de las instancias previas habían retomado los postulados la de teoría del dominio del hecho, la cual implica que es autor de un delito quien domina objetiva y subjetivamente la

realización del crimen, y que serán partícipes aquellos sujetos activos que sólo cooperan en la comisión de un delito de cuya realización depende de la voluntad del autor.

Ahora bien, en cuanto al alcance de la categoría dominio del hecho, el Tribunal casacional distinguió entre el dominio de la acción, que implica la realización directa del tipo penal; el dominio funcional del hecho que supone la intervención de una pluralidad de sujetos activos, en los que cada quien domina el hecho por medio del dominio de la parte del hecho que le corresponde según la división de roles para la comisión del delito; y el dominio de la voluntad mediante el cual el hecho delictivo es dominado por una voluntad rectora que recae sobre las acciones ejecutadas por otros sujetos activos.

Además, dicha sede mencionó que en este caso concreto, estábamos en precia de la teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, y para explicar dicha situación, retomaron los postulados de Roxin cuando dicho autor menciona que la imputación es a título de autores mediatos, es decir, aquellos sujetos activos que no intervienen en la ejecución delictiva, pero que son autores porque dominan el hecho punible por medio del dominio de la organización a la que pertenecen los autores inmediatos, todo lo anterior dentro de un contexto en el que medie una estructura organizada y jerarquizada de poder.

Además, dicha sede aclararó que para la aplicación de esta teoría se deben cumplir tres requisitos: 1) Que el delito se cometa ejerciéndose un poder de mando que el autor tiene sobre una determinada estructura de poder organizada jerárquicamente. 2) Que el aparato de poder se haya desligado del ordenamiento jurídico, lo cual implica cuando se trata de delitos

cometidos por medio de estructuras estatales, que la desvinculación del Derecho evidentemente no será total, sino que tal separación de la juridicidad, está delimitada por el ámbito normativo pertinente a los delitos cometidos. 3) La fungibilidad de los autores inmediatos, en el sentido de sustituibilidad o intercambiabilidad de las personas que son potenciales realizadoras de la orden del superior, ya que lo determinante es la posición del cargo o función dentro de la organización, que es útil para la realización delictiva.

Finalmente, menciona que la referida teoría el autor mediato domina el hecho delictivo por medio del dominio del aparato de poder que se constituye en un instrumento al servicio del aquél. Mientras que los autores directos poseen el dominio de la acción sobre la realización del injusto típico. Ambas formas de dominio del hecho delictivo no son excluyentes entre sí, y pueden coexistir en un esquema jerárquico en el que concurren escalonadamente varios autores mediados y autores directos.

Por lo anterior, para los Magistrados de la Sala de lo Penal, de los argumentos que sustentaban la sentencia de segunda instancia, se denotaban que eran erróneos al momento de interpretar los Arts. 36 inc.1° No. 1 y 66 Pn., ya que los hechos probados no admitían objetivamente una interpretación como la efectuada por el tribunal de apelación para excluir del dominio de las acciones delictivas a los imputados Gómez, Rodríguez Arteaga y Herrera Castellanos, invocando el criterio de la subordinación institucional y la falta de comprobación de que hayan obtenido beneficios patrimoniales derivados de la comisión de los delitos por los que han sido condenados.

En cuanto al argumento de la subordinación, los hechos probados definen que los delitos fueron cometidos con abuso de un aparato organizado de poder Estatal, específicamente la presidencia de la República de El Salvador, ejercida por el señor Saca González, de lo cual resulta evidente que todos los demás sujetos intervinientes en los delitos (Charlaix Urquilla, Gómez, Rodríguez Arteaga y Herrera Castellanos) ocupaban posiciones subordinadas en relación con el ex Presidente, sin embargo, esa ubicación subalterna en el organigrama institucional público, no es excluyente de que las acciones típicas, antijurídicas y culpables cometidas por los imputados subordinados y que les son reprochables personalmente a cada uno de ellos, constituyan acciones de autoría.

En este caso, los hechos probados judicialmente han determinado que los acusados Saca González y Charlaix Urquilla son autores de los delitos de Peculado y de Lavado de Dinero, siendo que en el contexto de la comisión de esos delitos, dichas personas tendrían el dominio de Casa Presidencial (particularmente de la Unidad Financiera y Tesorería) como aparato de poder público, del cual se sirvieron para apropiarse de dinero público que estuvo asignado a esa entidad Estatal a los largo de los ejercicios fiscales comprendidos entre los años dos mil cuatro a dos mil nueve.

Ese dominio del hecho a través del dominio de la organización atribuido a los imputados Saca González y Charlaix Urquilla no es excluyente, para los imputados Gómez, Rodríguez Arteaga y Herrera Castellanos, quienes también dominaron el hecho en tanto que la ejecución de los injustos típicos, por medio del dominio del respectivo rol que particular y personalmente cada uno de ellos desempeñó en las realizaciones delictivas.

Por otra parte, los hechos probados no determinan que el imputado Saca González, haya ejercido el dominio de la organización mediante coacciones respecto de los acusados Gómez, Rodríguez Arteaga y Herrera Castellanos al punto de afectar gravemente la autodeterminación de éstos. Por el contrario, el volumen alto de reiteración de las acciones cometidas y la larga prolongación en el tiempo de sus respectivas aportaciones a las fases ejecutivas de los delitos, expresan la elevada disposición personal de los mencionados imputados para la realización efectiva del plan criminal ideado en la cúpula de la organización, además, los acusados Gómez, Rodríguez Arteaga y Herrera Castellanos, por su experiencia y preparación académica especializada en el ámbito de las finanzas públicas de La Presidencia de la República, contaban con las condiciones subjetivas suficientes para conocer y comprender la antijuridicidad de las órdenes recibidas, teniendo el deber de controlar la legalidad de las mismas como parte de sus respectivas funciones institucionales.

Sobre este punto de análisis, la Sala menciona que el bien jurídico protegido en el delito de Peculado no reside exclusivamente en la infracción del deber de fidelidad y probidad de los funcionarios y empleados públicos para con la administración Estatal, sino además, este delito se orienta a proteger los servicios que los poderes públicos deben prestar a la sociedad, función que se ve perjudicada cuando se disminuye la capacidad económica Estatal como consecuencia de la apropiación de los fondos destinados para el cumplimiento de aquellos fines sociales.

De ahí que, las acciones de corrupción pública administrativa realizadas por los acusados Rodríguez Arteaga, Gómez y Herrera Castellanos, implicaron no sólo el dominio final de los comportamientos activos materiales imprescindibles para la apropiación del dinero público, verbigracia la apertura

de las cuentas bancarias y recibimiento del dinero público en ellas mediante el cobro de los cheques, los cuales fueron transferidos hacia terceras persona; sino además, los mencionados servidores públicos, en tanto que garantes de la legal administración de los recursos estatales asignados a las partidas presupuestarias de la Presidencia de la República, infringieron las pertinentes normas jurídicas extra penales, habiendo utilizado sus respectivas facultades dentro de esa entidad pública, no en función de la prestación neutral, objetiva y eficiente de servicios públicos si no del injustificado e ilícito propósito de provecho privado.

Por otra parte, la Sala mencionó que para la realización típica de los delitos de Peculado y de Lavado de Dinero, no es condición imprescindible la comprobación de que los imputados Rodríguez Arteaga, Gómez y Herrera Castellanos, hayan resultado directamente beneficiados patrimonialmente por los delitos cometidos, pues, de acuerdo a la estructura típica del Peculado, la apropiación del dinero público puede ser en beneficio del autor del delito o de otras personas, configurándose este último supuesto en este caso, según los hechos probados.

De ahí que, contrario a lo sostenido por la cámara seccional, el carácter de autoría de las acciones delictivas de corrupción pública cometidas por los acusados Rodríguez Arteaga, Gómez y Herrera Castellanos, no depende de si resultaron enriquecidos ilícitamente sus patrimonios personales, sino que del hecho comprobado y de los delitos por los que han sido condenados no pudieron consumarse sin las aportaciones de cada uno de ellos en las respectivas fases ejecutivas, cada quien dominando su correspondiente rol, y por esta vía dominando funcionalmente los delitos. En consecuencia, los tres imputados Rodríguez Arteaga, Herrera Castellanos y Gómez, eran autores de cada uno de los delitos por los que han sido condenados.

El segundo punto abordado por la Sala, es con respecto a la errónea aplicación del Art. 7 No. 3) Pn., por haberse revocado las condenas por el delito de Peculado, así como las respectivas penas impuestas por ese hecho punible, respecto de los acusados Pablo Gómez y Francisco Rodríguez Arteaga, por estimar que ese delito está consumido por el delito de Lavado de Dinero y de Activos, en tanto que para la aplicación del Concurso aparente de leyes penales requiere que uno o varios hechos se adecúen típicamente a varios delitos que no configuren concurso ideal o real, de modo que sólo deba aplicarse uno de esos preceptos penales concurrentes, ya que por sí sólo el delito que se decide aplicar abarca el desvalor total de los hechos.

Es decir, que el contenido delictivo del hecho está absorbido con la aplicación de alguno de los delitos, resultando que por esta razón excluye a los demás. Se postula la necesidad de que los hechos se subsuman efectivamente en la tipicidad de los distintos delitos concurrentes, lo cual es así para poder distinguir entre este instituto, y otros supuestos en los que la subsunción de los hechos a una pluralidad de preceptos penales es en verdad aparente, pues en realidad obedece a errores de interpretación.

Sobre lo anterior, mencionaron que el Art. 7 Pn., se aplica cuándo se está en presencia de un concurso aparente de leyes y de un concurso de delitos, ya sea ideal o real, conforme a los Arts. 40 y 41 Pn., siendo estas las reglas de Especialidad, Subsidiariedad y el de Consunción, previstas respectivamente en los numerales 1, 2 y 3 del Art. 7 Pn. En este caso, los Magistrados del tribunal superior consideraron que la sentencia de apelación aplicó erróneamente la regla de Consunción regulada en el Art. 7 No. 3 Pn., pues, de acuerdo a los hechos probados en este caso, se determinó que las acciones ejecutadas personal y directamente por los acusados Pablo Gómez

y Francisco Rodríguez Arteaga, son típicas tanto en el delito de Peculado, como en el de Lavado de Dinero.

Por ello, contrario a la interpretación de la Cámara, se observaba que el delito de Peculado se consumó en el momento que el dinero del Estado fue depositado en cuentas bancarias de particulares, entre ellas, las ya mencionadas Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) y las distintas empresas privadas, entre ellas, Grupo Samix, Radio difusión de El Salvador, Radio difusión Usuluteca, América publicidad S.A de C.V., ANLE S.A de C.V., Funes y Asociados publicidad. S. A de C.V. Biachi & Asociados S.A de C.V., Campaña S.A de C.V., corporación Redes S.A de C.V.⁴³⁹, pues, esto último fue lo sucedió según el plan del autor que constituye un hecho probado en este caso, y es que, con este acto quedó externado y materializado la acción final de apartar definitivamente ese dinero de los fondos presupuestados para fines institucionales, en perjuicio público y en provecho o beneficio de particulares, con lo cual se configuró la acción de apropiación que exige el respectivo tipo penal, y como se ha determinado, esa apropiación fue para provecho particular de otras personas, entre ellas, de forma especial el imputado Saca González.

Por otro lado, las acciones que fueron ejecutadas por los mencionados procesados con posterioridad a la apropiación del dinero, consistentes en otras transferencias bancarias en las que ambos actuaron como emisores de las mismas, estaban dirigidas al ocultamiento del origen ilícito de ese dinero, mediante la incorporación del dinero producto de los delitos de corrupción pública, en el tráfico económico legal, adecuándose estas acciones en sí

⁴³⁹ <https://investigaciones.elfaro.net/los-cheques-de-la-corrupcion>, de fecha 18/09/2020 a las 12:44 y [https://elfaro.net/es/201611/el_salvador/19492/%C2%BFC%C3%B3mo-desviar-\\$246-millones-sin-que-suene-ninguna-alarma-en-el-Estado.htm](https://elfaro.net/es/201611/el_salvador/19492/%C2%BFC%C3%B3mo-desviar-$246-millones-sin-que-suene-ninguna-alarma-en-el-Estado.htm) de fecha 18/09/2020 a las 12:46.

mismas al delito de Lavado de Dinero, las cuales no fueron ejecutas simultáneamente.

De ahí que, al examinar la estructura típica de ambos delitos, se observa que el delito de Lavado de Dinero no posee el alcance normativo para comprender en su totalidad el injusto manifestado en las acciones delictivas que fueron cometidas por los imputados, en tanto que el delito de Peculado castiga la apropiación del dinero público, mientras que el de Lavado de Dinero en forma autónoma prohíbe que ese dinero de origen delictivo se conduzca hacia el tráfico monetario y económico legal.

En razón de lo anterior, la interpretación efectuada en la sentencia de segunda instancia se deja sin reproche penal el desvalor correspondiente a las acciones de apropiación de dinero público, que constituye el núcleo del hecho típico del delito de Peculado, pues esa parte del supuesto de hecho del citado tipo penal, bajo ningún concepto puede considerarse que esté incluida su valoración penal en el delito de Lavado de Dinero y de Activos. Asimismo, consideraron que la decisión tomada por la Cámara, soslayaba el carácter autónomo del Art. 4 de la Ley de Lavado de Dinero y de Activos, respecto de la propia autonomía legal del delito precedente, que en este caso se comprobó que fue el delito de Peculado, inobservando así el Art. 6 literal i) LCLDA, el cual preceptúa expresamente que el Peculado de manera especial constituye una fuente delictiva generadora de lavado de dinero y de activos.

Por otra parte, mencionaron que la sentencia de apelación vuelve a utilizar el argumento que los imputados Gómez y Rodríguez Arteaga "no tuvieron ningún beneficio económico" derivado de los delitos cometidos, sin embargo, este particular razonamiento es impertinente para justificar la aplicación en

este caso del Art. 7 No. 3 CP., pues, no se configura el presupuesto básico que debe concurrir para la aplicación del concurso aparente de leyes, es decir, que la acción pueda ser simultáneamente típica de distintos delitos, y que uno de estos abarque la totalidad del desvalor del hecho, ya que contrariamente a esto, el hecho probado lo que describe es ejecución de distintas acciones y que cada una de ellas es típica de dos distintos hechos punibles, que afectan diferentes bienes jurídicos, sin que la extensión normativa abarque la totalidad del desvalor del hecho acreditado.

El tercer punto analizado por el colegiado de Casación, era con referencia a la errónea aplicación de los Arts. 28 Inc. 2° y 69 CP, en cuanto a la atenuación de la pena impuesta al imputado Pablo Gómez, por la supuesta concurrencia de un error de prohibición vencible. Sobre este aspecto el tribunal superior mencionó que de acuerdo a la dogmática, el error de prohibición recae sobre la valoración jurídica global del hecho, al encontrarse privado de la necesaria conciencia sobre la antijuridicidad del hecho, lo cual afecta su capacidad de culpa.

En ese sentido, el error de prohibición compromete la conciencia de la ilicitud, la cual consiste en un juicio respecto de la posibilidad que tuvo el autor o partícipe de reconocer en el caso concreto lo no permitido de su acción. La conciencia de la ilicitud o antijuridicidad es considerado un presupuesto necesario de la culpabilidad, debido a ello es que cuando el juez llega a calificar el error como invencible se excluye la responsabilidad penal del autor o partícipe, mientras que si lo estima vencible, se atenúa la pena de forma especial y significativa con forme a la regla del Art. 28 CP.

De ahí que, el objeto sobre el que recae el error de prohibición, este puede ser un error de prohibición abstracto o directo, en el cual el autor desconoce

la norma prohibitiva general, ya sea porque cree que no existe, que no está vigente o es inválida, o bien porque no está comprendida la situación en el alcance de la prohibición, razón por la cual el sujeto activo estima que su acción es jurídico penalmente irrelevante. Una segunda clase de errores de prohibición es de tipo concreto o indirecto, ya que recae sobre la aplicación de la norma prohibitiva, y en estos casos el sujeto activo conoce la prohibición pero supone que está autorizado para actuar por la concurrencia de una determinada norma que se lo permite. De lo anterior, la Sala al examinar el argumento expuesto por la Cámara esta sostenía que el imputado Pablo Gómez actuó bajo un supuesto de error de prohibición concreto o indirecto.

Sin embargo, para los Magistrados del tribunal casacional del relato de los hechos probados se podía considerar que imputado Pablo Gómez realizó las acciones delictivas con plena conciencia sobre la antijuridicidad de las mismas y muy lejos del error de prohibición concreto o indirecto que intentó justificar la Cámara, pues, se aprecia que no existe la base fáctica necesaria en el hecho probado que permitía fundamentar razonablemente que el imputado Pablo Gómez actuó bajo la creencia errónea de la licitud de las órdenes que cumplió eficazmente durante cinco años, cuando por su experiencia y conocimiento especializado en las finanzas públicas de la Presidencia de la República poseía de sobra las condiciones subjetivas suficientes para reconocer el evidente carácter delictivo de las directrices que emanaban de sus superiores jerárquicos.

Además, si bien se había modificado el reglamento de órgano ejecutivo el cual permitió el movimiento de partidas, esto no constituye un elemento válido para fundamentar la configuración del error de prohibición vencible aplicado en el caso del acusado Pablo Gómez, en primer lugar porque tal

como está determinado en los hechos probados, ese documento en sí mismo fue instrumentalizado como parte de los medios empleados para efectuar la actividad delictiva que se buscaba desarrollar, precisamente para darle una apariencia de legalidad a las acciones delictivas realizadas, en segundo lugar, porque ese reglamento requería el cumplimiento de determinados requisitos para autorizar el depósito de dinero público en cuentas personales el cual no realizó y finalmente, como se mencionó anteriormente este adolece de legalidad, pues, no se estableció si se cumplió el proceso de formación del mismo, y es que, ni siquiera fue publicado oficialmente.

Otro argumento que impedía justificar jurídicamente las acciones del imputado Pablo Gómez, respecto a que este actuó en un estado de error vencible de prohibición, reside precisamente en la experiencia y conocimiento especializado que el referido sujeto detenta en el ámbito de las finanzas públicas de la Presidencia de la República. Por último, la Sala expuso que las acciones cometidas por Pablo Gómez no constituyeron conductas aisladas u ocasionales, sino por el contrario, intervino de forma sistemática y continua en la fase ejecutiva de los delitos de Peculado y Lavado de Dinero y de Activos, mediante aportes decisivos para la apropiación de los fondos públicos a lo largo de cinco años, con grave perjuicio para las finanzas públicas.

El último punto analizado por la Sala, es con referencia a la errónea aplicación del Art. 399 Inc. 2° y 3° Pr. Pn., en cuanto a la modificación de la responsabilidad civil, pues, en primera instancia se determinó el monto pagar en este concepto, pero que, en segunda instancia fue modificada, ya que, dicha instancia considero que no se podía determinar el respectivo monto, por lo que responsabilizo en abstracto para que esta circunstancia fuera analizada en una sede civil.

De ahí que, para el colegiado de casación consideraron que el dictamen de auditoría contable había determinado concretamente que en el periodo que el señor Saca González se desempeñó como Presidente de El Salvador, se liquidó la cantidad total de "TRESCIENTOS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO DIECISIETE 17-100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA" (\$ 300, 347, 117. 17 dólares). En razón de ello, se estimó que lo determinante es que de la citada pericia contable se derivan los elementos suficientes que cuantifican el perjuicio directo causado al Estado como consecuencia de los delitos cometidos por los imputados, es decir, constituye un medio probatorio idóneo para la acreditación de ese extremo, el cual es suficiente para la acreditación cuantitativa que exige el Art. 399 Inc. 2 Pr. Pn., de ahí que no era razonable que la Cámara pretenda exigir más pruebas para el establecimiento de ese extremo, pues, el daño monetario directo causado al Estado Salvadoreño ha sido suficientemente comprobado y cuantificado, y por lo tanto en el proceso penal se cuenta con los datos necesarios para proceder a la condena.

Un segundo tema analizado es que la sentencia emitida en segunda instancia a querido fundamentar la decisión de la condena civil en abstracto, sobre este aspecto para la Sala considero que la Cámara desarrolló un análisis incorrecto sobre los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, ya que, no es verdadera la conclusión del tribunal de apelación, en cuanto a que fue sólo invoca el "principio de equidad", al margen de las reglas legales sobre el particular.

Por el contrario, advirtieron que el argumento del tribunal que conoció del juicio oral está fundamentado jurídicamente en los preceptos legales que disciplinan la forma de dividir la responsabilidad civil cuando concurre una

pluralidad de imputados tal como está documentado en la sentencia de primera instancia, pues, en primer lugar, corroboraron que se cumplió el presupuesto procesal para la resolución del objeto civil dentro del proceso penal, es decir, es que se haya ejercido conjuntamente las acciones penal y civil. En segundo lugar, se verificó que se aportó prueba que determinó la existencia de perjuicio patrimonial y el monto de la afectación. Y en tercer lugar, que vista la pluralidad de imputados autores intervinientes en los delitos por los que fueron condenados, la regla del Art. 118 CP determinaba que eran responsables solidariamente.

Agregado a lo anterior, los graves perjuicios sociales acusados por los delitos de corrupción en la esfera pública, están subrayada en las consideraciones expuestas en la Convención Interamericana Contra la Corrupción y en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Por tanto, aun y cuando no se haya comprobado en este proceso penal beneficios económicos directos respecto de los acusados Rodríguez Arteaga, Herrera Castellanos y Gómez, por los delitos que cometieron, no significa que sus acciones dejan de ser de una altísima lesividad a los bienes jurídicos tutelados por los delitos en los que intervinieron mediante aportes esenciales.

En ese sentido, para la cuantificación de la responsabilidad civil de los acusados, resultaba irrelevante la determinación específica de cuánto dinero procedente de la previa actividad delictiva ejecutada por ellos, por tanto esta no puede ser una razón jurídica válida que justifique la reforma del fallo de primera instancia en materia de responsabilidad civil. De ese modo, se corroboró que la lesión patrimonial al Estado está constituida por el dinero que fue sustraído de las cuentas de la Presidencia de La República, no con la finalidad de cumplir con los objetivos institucionales presupuestarios, sino

para ser apropiadas por particulares, resultando que el monto total del daño en ese concepto fue determinado concluyentemente por el peritaje contable.

En ese sentido, resultaba obvio que no se cumplían los presupuestos legales para decantarse por una condena en abstracto y menos tomando como fundamento aspectos probatorios relacionados con procesados respecto de los cuales no se recurrió en apelación, como había quedado establecido, y lo que es aún más grave es que en cuanto a los justiciables por los que sí se apeló contra la condena civil en concreto, existía respecto de éstos, suficiente evidencia para sostener un fallo de esta índole, resultando pues, improcedente, a todas luces, una condena civil en abstracto basada, como puede apreciarse en la sentencia de alzada, en la errónea aplicación de un efecto extensivo, el cual no encuentra asidero en la ley, ni en la Constitución de la República.

Por todo lo anterior, se puede decir que este proceso penal es uno de los casos más grandes de corrupción pública en la historia de El Salvador, pues, como se dijo anteriormente, tiene varios puntos pero con relación al tema es importante recalcar que estos desvíos de fondo no se hubieran llevado a cabo sin la confluencia de las entidades privadas señaladas, pues, al recibir el dinero se logró su ocultamiento que después se transformó en dividendos para pagar el funcionamiento del ente y de la estructura criminal, sin mencionar que el uso del dinero ya lavado pudo servir para realizar otras acciones delictivas, como la compra de voluntades a personas del sector público o inclusive para recolectar apoyo de particulares que les permitiera seguir con esta empresa criminalizada.

6.4. Sentencia de la Sala de lo Penal, Ref. 22-CAS-2015⁴⁴⁰, por el delito de Contaminación Ambiental Agravada, respecto al caso RECORD

Sobre dicho caso, es oportuno recordar que La Sociedad Baterías de El Salvador, S.A. de C.V., en el año de mil novecientos noventa y cinco, inició el traslado de su Planta de Fabricación, Fundición y Reciclaje de Baterías Acido Plomo, al Kilómetro treinta y uno y medio, del Cantón y Caserío Sitio del Niño del municipio de San Juan Ópico, departamento de La Libertad. Que en el año 1998 entró en vigencia la Ley de Medio Ambiente, pero fue hasta el día 16 de agosto de 2001, que dicha sociedad solicitó el permiso de operaciones al Ministerio de Medio Ambiente.

Posteriormente, la referida institución le solicitó cumplir una serie de requisitos⁴⁴¹ para su funcionamiento, ahora bien durante los últimos años de producción en el lugar mencionado, se comenzaron a detectar problemas en la salud de las personas que habitaban en los alrededores de lugar, pues, de

⁴⁴⁰ Este caso fue diligenciado por las normas del Código Procesal Penal (actualmente derogado) Decreto Legislativo No. 904, de fecha trece de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 11, Tomo No. 334, del día 20 de enero de 1997, en este caso el modelo de justicia era de única instancia, por lo que las resoluciones emitidas por el tribunal de sentencia según lo estipulaba el Art. 422 Pr. Pn., sería conocidas directamente por la Sala de lo Penal.

⁴⁴¹ Se le había encomendó a la Sociedad, el cumplimiento de un Programa de Adecuación Ambiental el cual contempla las medidas siguientes: a) Instalación del Sistema de Extracción y Filtración de los Humos del Horno tres de fundición, b) Instalación de Purificadores Electrónicos de aire, c) Adquisición de set de muestro isoscínético de los sistemas de tratamiento de pailas de normalizado, d) Separación de las aguas residuales y construcción de un sistema de drenaje francés para aguas negras, e) Implementación de sistema de precipitación de plomo para aguas provenientes de la Lavandería y modificaciones a la estructura actual, t) Implementación de Sistema de Tratamiento para aguas del proceso de fabricación de baterías, g) Reconstrucción de la Laguna de infiltración, h) Impermeabilización de suelo y techado de área de recepción de baterías usadas, i) Reparación del piso de la nave de fundición, j) Estudio de selección de una alternativa óptima para la disposición de desechos sólidos con plomo (escoria), k) Estudio sistemático y monitoreo de la Contaminación del subsuelo, l) Perforación de un pozo de monitoreo para el control de la calidad del acuífero superficial de la zona, m) Techado del área de confinamiento de cenizas y, n) Elevación de paredes del sitio de confinamiento de cenizas.

los resultados clínicos practicados el denominador común era que la mayoría de personas les aparecían altos grado de plomo en el cuerpo, lo que hacía suponer que habían sufrido la contaminación provocada por Baterías de El Salvador S.A. de C.V., debido a la actividad de fabricación y reciclaje de baterías. Finalmente, el día veinticuatro de septiembre del año dos mil siete, se procedió a su cierre por medio de resolución proveída por la Directora de la Unidad de Salud del Cantón Sitio del Niño.

Después de haberse realizado las investigaciones de toda índole, incluso de carácter penal, dicho caso llegó a la sede del Tribunal de Sentencia de Santa Tecla, instancia que conoció del proceso penal, en contra del Gerente Gestión Ambiental, Gerente de Fundición y Jefe de Seguridad Industrial y Gestión Ambiental, todos empleados de la Sociedad Baterías de El Salvador, por el delito de Contaminación Ambiental Agravada, Arts. 255 y 256 Pn., en perjuicio de los habitantes de las colonias Sitio del Niño, Prados II, Nueva Candelaria, Oscar Osorio, Brisas de San Andrés, caserío Estación Bandera del cantón Sitio del Niño, jurisdicción de San Juan Opico del departamento de La Libertad y los trabajadores de la Fábrica Batería de El Salvador Sociedad Anónima de Capital Variable y de otras personas de comunidades aledañas.

En razón de lo anterior, después de hacerse las consideraciones de hecho y derecho, dicha instancia pronunció sentencia absolutoria y por no estar de acuerdo con el fallo emitido, la representación fiscal y los querellantes en representación del Comité Ambiental Sitio del Niño, impugnaron la resolución mediante recurso de casación. Es así que, el Tribunal Casacional de El Salvador en fecha 31 de octubre de 2016, emitió sentencia en la que resolvió ha lugar a casar la sentencia definitiva absolutoria, anulando lo actuado y

reenviando el proceso al Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, para un nuevo juicio.

Ahora bien, de los argumentos que sirvieron de base para esta resolución, llama la atención que estos giraron en torno a errores en la interpretación de la ley, y para ello entraron a reflexionar los Arts. 255 y 256 Pn., de cuyo análisis determinaron lo siguiente, respecto al Art. 255 Pn., es el tipo básico en los delitos de medio ambiente, además aclararon que este puede ser cometido por cualquier persona, también mencionaron que esta figura es de peligro concreto al sancionar las meras acciones prohibidas, sin exigir el resultado dañoso, pues, bastando que haya puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados, en cuanto a la agravante del Art. 256 Pn, destacaron que es un delito especial impropio, lo primero porque sólo las personas que reúnan las características pueden ser imputados como autor y lo segundo por existir una correspondencia con el delito común.

Siguiendo con el análisis de los argumentos, la Sala señaló que los comportamientos previstos en el dispositivo legal sustantivo, constituyen prohibiciones para una persona jurídica cuando esta: A) funcionare: 1) Sin el correspondiente permiso ambiental o, 2) Clandestinamente y, B) Que hubiere: 1) Aportado información falsa o, 2) Impedido la inspección u, 3) Obstaculizado la inspección. Tales conductas están prefijadas para ser cometidas por acción, pero el tipo penal en cita, también contempla una exigencia o mandato de hacer; por lo que, la persona jurídica únicamente comete el delito en este caso si incumple su obligación, incurriendo en una omisión propia, verbigracia desobedecer las disposiciones expresas por la autoridad ambiental para: a) Corregir sus operaciones o, b) Suspender sus operaciones.

De tal manera, para que se tenga por realizada cualquiera de las conductas prohibidas en el tipo penal referido, es necesario que el sujeto activo (Persona jurídica) haya incurrido en la comisión del tipo base por cualquiera de sus dos verbos (provocar o realizar) y poner en grave peligro la salud y calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente y, luego a su vez en uno de los del tipo agravado (funcionar, haber o desobedecer).

Por otra parte, la Sala aclaró que el legislador penal incorporó la figura jurídica del Art. 38 "Actuar por Otro" en el Código Penal, para eliminar los espacios de impunidad en los que el actuante bajo el cobijo de la gestión ajena, cometía o participaba en un hecho delictivo (Dependiendo del rol que le correspondería al suplido en el evento criminal), que no le era reprochable penalmente por haber cometido el acto en nombre de otro; de manera que en virtud de la cláusula en cita, el actuante responde personalmente por la acción u omisión típica que desplegó en el evento criminal, aunque no esté revestido de las condiciones, cualidades o relaciones del suplido, necesarias para tenerle como sujeto activo del delito.

De las consideraciones realizadas, los Magistrados concluyeron que existió la infracción penal señalada por una persona jurídica responsable de velar por que sus actividades no pusieran en grave peligro al medio ambiente. Además, se determinó que los acusados por ostentar los cargos antes mencionados debían realizar las gestiones pertinentes para impedir un daño penalmente relevante al medio ambiente. Pero que erradamente pensaron que tales acciones preventivas les correspondían únicamente a la junta directiva de la sociedad, en razón de lo anterior, la Sala de lo Penal consideró que el juzgador de primera instancia debió evaluar tales circunstancias, para determinar si los acusados cumplieron con sus deberes,

y en caso negativo, proceder a examinar si sus inactividades coadyuvaron al resultado delictivo, al omitir una acción debida capaz de obstaculizar previsiblemente la realización del ilícito de Contaminación Ambiental Agravada por Baterías de El Salvador.

Sin embargo, dicha labor fue omitida por el tribunal de juicio, por consiguiente, se emitió una sentencia de primer grado con fundamentos insuficientes para sustentar la absolución, pues, era de vital importancia para dilucidar la responsabilidad penal de los acusados, respecto a su intervención en los hechos, así como si será o no aplicable a éstos la cláusula de "actuar por otro"; en tanto que al evaluarse tales aspectos el fallo probablemente podría haber variado.

Finalmente, la Sala estudio si equivocadamente fue aplicada la figura jurídica del error de prohibición invencible, contemplado en el Art. 28 Pn., y sobre lo anterior, mencionaron que el Art. 28 del Código Penal, regula bajo el acápite Error Invencible y Error Vencible, tanto el Error de Tipo como el de Prohibición. En cuanto al error de tipo, esta se configura cuando el sujeto activo desconoce la concurrencia de algún elemento objetivo de la norma penal; lo anterior se puede clasificar así: 1) Sobre el hecho constitutivo de la infracción penal, 2) Sobre un hecho que cualifica la infracción o sobre una agravante, 3) Sobre la persona u objeto, 4) Sobre el golpe (aberratio ictus) y, 5) Sobre el "Dolus Generalis".

En cuanto al error de prohibición este se sintetiza en que el sujeto activo está consciente de la conducta que despliega, pero ignora que ese actuar se encuentra prohibido por la norma penal (El autor se ha representado la escena delictiva, sin embargo, considera que ésta no se encuentra

prohibida); de ahí que, el error invencible exima de la pena y, el vencible la atenúa, Art. 28 Inc. 2° Pn.

Sobre lo anterior, la Sala encontró que el Juez A quo fue omiso en la justificación de las razones que le llevaron a concebir que los acusados actuaron bajo un error de prohibición; al limitarse a darle la razón a la defensa técnica, sin entrar a valorar el resto de los elementos probatorios que le sirvieron para tener los hechos acreditados, y de esta manera determinar si la hipótesis de la defensa contaba con la suficiencia probatoria como para arribar a la conclusión llegada.

Pues, no era aceptable el argumento judicial que los procesados continuaron laborando bajo la percepción que la planta no constituía una fuente de riegos al medio ambiente; por cuanto, poseían el conocimiento especializado, para comprender y dimensionar el daño ambiental que se estaba generando y, que la actuación o pasividad del ente controlador de la salud medioambiental, no facultaba a la fábrica -en que laboraban- a seguir produciendo el mismo daño al ecosistema.

En otras palabras, no era aceptable desde ningún punto de vista el asumir que los procesados omitieron bajo la creencia —error de prohibición- que la fábrica de baterías estaba autorizada para verter, emanar, sustancias tóxicas, con el fin de contaminar el medio ambiente en la cantidad y concentración en la que lo hizo y, que los ahora acusados asumieron que, a pesar de su posición de garantes, les estaba permitido permanecer inertes e indiferentes ante ese daño ambiental.

No obstante el pronunciamiento de la Sala, al realizarse el juicio de reenvío por el tribunal de sentencia, dicha instancia acepto la solicitud de

modificación de la calificación del tipo penal de Contaminación Ambiental Agravada a culposa, por lo que, se impuso una pena de tres años a los acusado, la cual fue sustituida por suspensión condicional de la pena, por otra parte, según notas periodísticas los señores Ronald Antonio Lacayo, José Ofilio Lacayo y Sandra Cecilia Lacayo, quienes dirigían la empresa, huyeron hacia Estados Unidos en el 2019⁴⁴², por lo que, a la fecha no han sido enjuiciados personas que fueran dueños o accionistas de la sociedad, y peor aún los daños sufridos a los pobladores de la comunidad siguen latentes, a tal grado que entre la noche y madrugada del día 2 y 3 de agosto del año 2020, dicha fabrica sufrió un incendio lo que ha generado más daño por contaminación y de este último hecho no se ha acusado penalmente a ninguna persona.

CAPITULO VII

ANÁLISIS DE LOS PLANES DEL ÓRGANO EJECUTIVO, LAS ACCIONES DE LA FGR, ONG'S Y LAS EMPRESAS

7.1. Planes del Órgano Ejecutivo para sancionar los ilícitos de carácter económico en el sector privado.

Como ya se mencionó anteriormente, el Órgano Ejecutivo está cómputos por el presidente de la República, quien a través de sus ministros son los encargados de planificar las estrategias nacionales⁴⁴³, entre ellas, la política criminal. Ahora bien, para ser elegido presidente, de acuerdo a lo estimulado en los Arts. 80, 81, 85 y 151 Cn., la persona debe cumplir ciertos requisitos,

⁴⁴²<https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Hay-sospechas-de-que-el-incendio-en-la-exfabrica-de-baterias-Record-fue-provocado-20200803-0020.html>, consultado 18/09/2020, a las 14:50 horas.

⁴⁴³ Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, San Salvador, 1998, Pág. 1117.

entre ellos, afiliarse a un partido político, inscribirse como candidato, exponer sus propuestas y finalmente, someterse a un proceso de elecciones y ganar las mismas. Sobre lo anterior, en el año 2018, el señor Nayib Bukele y el Dr. Felix Ulloa, se postularon como candidatos a la presidencia y vicepresidencia de la República por el partido político Gran Alianza por la Unidad Nacional, y en ese contexto el 13 de enero de 2019, presentaron el Plan Cuscatlán, el cual según dichas personas tenía varios ejes.

Ahora bien, al leer dicho documento, encontramos los lineamientos para combatir la corrupción en dos ejes diferentes, en el primero, denominado “Modernización del Estado”, mencionan que: “...*El Gobierno de Nuevas Ideas asumirá el compromiso con la modernización como un eje transversal en toda la organización, con la convicción de que a mayor modernización mayor transparencia y participación ciudadana en la actividad pública. En consecuencia, menor espacio a la corrupción por medio de la reingeniería de los sistemas de gestión institucional, con la vista puesta en la prevención de ese tipo de delitos, combate frontal al mal gobierno y el despilfarro...*”⁴⁴⁴, para ello, una de las medidas a tomar era el levantamiento del velo societario. Para materializar dicha acción y en procura de la transparencia se sometería a un estricto régimen de escrutinio a los sectores privados que reciban fondos públicos, pues, -según dicho documento- los problemas del Estado se manifiestan fuera de él, en razón de esto último nuevamente mencionan que era necesario el levantamiento del velo societario para contrarrestar el abuso de la persona jurídica, es así que, promoverían las reformas pertinentes al Código de Comercio.

⁴⁴⁴https://www.plancuscatlan.com/documentos/plancuscatlan_modernizacion_del_estado.pdf, consultado el 17/04/2020, a las 20:46 horas, Plan Cuscatlán, “Modernización del Estado, San Salvador, El Salvador, 2019, Pág. 5.

Asimismo, en el segundo documento denominado, “Seguridad Pública”, menciona que: *“...En los últimos años, el país ha sido testigo del destape de esquemas de corrupción institucionalizada en el gobierno, la cual se extendió al sector privado por vía de los partidos políticos. La corrupción y el crimen organizado son unas de las principales causas de la falta de oportunidades y de los bajos niveles de bienestar, que, a su vez, impulsan a los salvadoreños a emigrar hacia otros países...”*⁴⁴⁵. Por otra parte, señala el documento que la primera fuente de la corrupción lo constituye al abuso de la “partida secreta”, que se han ocupado para fines distintos a los objetivos del Estado y finalmente, señala que este fenómeno debilita las instituciones que deben perseguir el delito y pone en tela de juicio su capacidad. Por lo que, ante tal situación propone crear una Comisión Internacional Contra la Impunidad y la Corrupción en El Salvador (CICIES), con apoyo de la OEA y la ONU.

Ahora bien, dichas personas después de haber ganado las elección y ser juramentado el 01 de junio de 2019, a la fecha no sea presentado propuesta para levantar el velo societario, ni propuesta de política criminal dirigida a combatir la corrupción sector privado, por otra parte, primeramente se firmó una carta de intención para la creación de la CICIES⁴⁴⁶, pero con la salvedad que únicamente sería con el apoyo de la OEA, no así de la ONU, sin embargo, sobre la referida carta vale la pena señalar que en uno de sus considerandos se menciona que los valores y principios que inspiran a la conformación de este organismo son la transparencia, la obtención de la verdad por vía judicial, la justicia, el respeto de los Derecho Humano, generar

⁴⁴⁵ https://www.plancuscatlan.com/documentos/plancuscatlan_seguridad.pdf, consultado el 17/04/2020, a las 21:03 horas, Plan Cuscatlán, “Seguridad Pública”, San Salvador, El Salvador, 2019, Pág. 2.

⁴⁴⁶ <http://www.oas.org/documents/spa/press/carta-de-intencion-el-salvador-CICIES.pdf>, Carta de Intención entre la secretaria general de la Organización de los Estados Americanos y el Gobierno de la República de El Salvador para el establecimiento de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en El Salvador, San Salvador, 6 de septiembre de 2019.

una cultura anticorrupción la creación de programas de cumplimiento normativo (compliance) en el sector público y privada y las formación de políticas anticorruptivas.

Posteriormente, se firmó el Acuerdo Marco entre el Gobierno de la República de El Salvador y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, para el establecimiento de la Comisión Internacional Contra la Impunidad y la Corrupción en El Salvador⁴⁴⁷, que en su Art. I, 1.1 tiene como objetivo contribuir al cumplimiento de las convenciones americana y universal contra la corrupción, asimismo en el Art. VI, 6.2.1 relativo a los lineamientos para prevenir el delito de corrupción, dicho organismo asesorara la adopción de políticas y reformas legales e institucionales para prevenir actos de corrupción e impunidad desde los sectores públicos y privados.

Ahora bien, en fecha 11 de noviembre de 2020, trascendió por notas periodísticas que la FGR realizó una serie de allanamientos en varias instituciones públicas del actual gobierno, entre ellas, los Ministerios de Salud, Hacienda, Agricultura y Medio Ambiente, así como en las instituciones autónomas siendo la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA) y el Fondo Ambiental de El Salvador (FONAES), por el cometimiento de supuestos actos de corrupción, debido al aviso que realizó la CICIES, por los resultados de las auditorías realizadas por dicha institución al proceso de adjudicación y asignación de fondos públicos en el marco de la emergencia por la pandemia del COVID-19.

⁴⁴⁷ <http://www.oas.org/fpdb/press/Acuerdo-CICIES-11.26.19.pdf>, Acuerdo Marco entre el Gobierno de la República de El Salvador y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos para El Establecimiento de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en El Salvador, Washington, D.C., Estados Unidos, 26 de noviembre de 2019.

7.2. Acciones realizadas por la Fiscalía General de la República para sancionar delitos de corrupción en el sector privado.

De acuerdo al Art. 193 Cn., a la Fiscalía General de la República⁴⁴⁸ le corresponde defender los intereses del Estado y la Sociedad, dirigir la investigación del delito, promover de oficio o a petición de parte, los procesos a la instancia judicial pertinente entre ellas la penal⁴⁴⁹. Dichos postulados los encontramos en los Arts. 5, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 29, 43, 74, 75, 77, 78, 111, 154, 261, 264, 268, 270, 272, 294, 297, 301, 304, 355 y 356 Pr. Pn.,⁴⁵⁰ en los cuales se recalca que le corresponde la FGR dirigir la investigación del delito y promover la acción penal de manera exclusiva en los casos de los delitos de acción pública y para ello dicha agencia estatal deberá dictar la política de persecución penal, bajo los principios de objetividad, racionalidad, unidad de acción y dependencia jerárquica. Por lo que, dicho documento será de acceso público.

Sobre este último documento⁴⁵¹, en sus consideraciones la Fiscalía reconoce que en el territorio salvadoreño se cometen altos índices de criminalidad tanto en el ámbito urbano como rural, en los ilícitos siguientes: homicidio, extorsión, sexuales, violencia contra la mujer, corrupción y desaparición de personas, delincuencia común y organizada. De ahí que, para hacer frente a dicho fenómeno la fiscalía ha creado unidades especializadas, entre ellas,

⁴⁴⁸ Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, San Salvador, 1998, Pág. 1177.

⁴⁴⁹ Decreto Constituyente N° 38 del día 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo 281, del día 16 de diciembre de 1983.

⁴⁵⁰ Decreto Legislativo No. 733, de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 20, Tomo No. 382, del día 30 de enero de 2009

⁴⁵¹ Fiscalía General de la República, Política de Persecución Penal, San Salvador, El Salvador, 2017, Pág. 12.

crimen organizado, corrupción⁴⁵², narcotráfico, tráfico ilegal, trata de personas, extorsión, antipandillas, homicidio, hurto, robo y extinción de Dominio.

Además, en el capítulo segundo de dicho documento, trata sobre los lineamientos para el abordaje de la delincuencia que en su sección “A”, relativa a los aspectos generales, en su Art. 12 establece que⁴⁵³ esta política es de carácter unitaria la cual está integrada en tres líneas de acciones las cuales están encaminadas al cumplimiento de las funciones de investigación ante las sedes judiciales y para ello todos los agentes fiscales deberán implementar en primera línea, acciones de abordaje para contrarrestar la delincuencia del crimine organizado, terrorismo y actos de corrupción, la segunda línea es con respecto a los delitos comunes y finalmente la tercera línea de acción va encaminada a proteger los derecho fundamentales.

Sobre lo anterior, las acciones encaminadas para frenar la delincuencia antes mencionada giran en torno a utilizar vías procesales ordinarias y proceso abreviados, así como la utilización de criterios de oportunidad, esto último para lograr buenos resultados en la investigación de dichos ilícitos, por ello se les recomienda a los fiscales, enfocarse en la investigación antes de realizar el ejercicio de la acción penal.

En cuanto a los lineamientos específicos, para caso de corrupción, el Art. 20 de dicha política, recalca la necesidad que los fiscales investiguen estos ilícitos y promuevan los casos antes las instancias respectivas, en razón de

⁴⁵² Fiscalía General de la República, Política de Persecución Penal, San Salvador, El Salvador, 2017, Pág. 17.

⁴⁵³ Fiscalía General de la República, Política de Persecución Penal, San Salvador, El Salvador, 2017, Pág. 26.

ello, es prioritario la coordinación interna entre unidades especializadas⁴⁵⁴ como con las instituciones del sector justicia y publica a efectos de articular acciones coordinadas para erradicar este tipo de delincuencia, adema, se reserva a la Unidad Fiscal Especializada de Delitos de Corrupción para aquellos caso que sean cometidos por altos funcionario de las instituciones estatales investigadas y que tengan una gran relevancia en la sociedad.

De ahí que, en los demás casos, serán conocidas por otras unidades, entre ellas, la Unidad Penal de la Dirección de Intereses del Estados. En los demás casos conocerá la Unidad Penal cuando se afecte el patrimonio, los intereses del Estado y la fe pública, cuando el documento falsificado sea expedido por funcionario público. En cuanto a los delitos relativos al patrimonio del Estados, estos deben entenderse los ilícitos cometidos contra la hacienda pública, el patrimonio cultural y las actividades de corruptos cometidas por particulares, funcionarios, empleados públicos o municipales en el ejercicio de sus cargos.

Ahora bien, de acuerdo al Plan de Trabajo Institucional de la Fiscalía del año 2019, dentro de su objetivos estaba continuar con los esfuerzos en la operatividad y estrategias para dirigir la investigación del delito de corrupción, para ello la estrategia en esta área la Fiscalía General de la República impulsaría⁴⁵⁵ una férrea persecución contra las estructuras, funcionarios y ex funcionarios por delitos de enriquecimiento ilícito, peculado, lavado de dinero, encubrimiento, negociaciones ilícitas, entre otras.

⁴⁵⁴ Fiscalía General de la República, Política de Persecución Penal, San Salvador, El Salvador, 2017, Pág. 35.

⁴⁵⁵ Fiscalía General de la República, Plan de Trabajo Institucional, San Salvador, El Salvador, 2019, Pág. 35

Asimismo, paralelamente a las investigaciones vinculadas al crimen organizado y pandillas, se realizarán procedimientos de extinción de dominio en bienes obtenidos de forma ilícita, aplicando las medidas cautelares y de extinción sobre dineros, inmuebles y vehículos que pueden ser reutilizados por las instituciones que persiguen e investigan el delito para el mismo combate a la criminalidad y de resarcimiento de valores al Estado.

Ahora bien, al examinar los 20 principales delitos investigados por la fiscalía en el último trimestre del año 2019, estos son los siguientes: Amenazas (Arts. 154, 155 y 376 CP y Art. 27 LECAT) 16%, Lesiones Culposas (Art. 146 CP) 7%, Lesiones (Arts. 142, 143, 144 y 145 CP) 7%, Hurtos Comunes (Arts. 207 y 208 CP) 6%, Robos Comunes (Arts. 212 y 213 CP) 4%, Estafas (Arts. 215 y 216 CP) 4%, Expresiones de Violencia Contra Las Mujeres (Art. 55 LEIVM) 3%, Privaciones de Libertad (Arts. 148 y 150 CP) 3%, Resistencia (Art. 337 CP) 3%, Homicidios (Arts. 128 CP y 129 CP) 3%, Extorsiones (Arts. 214 CP, Arts. 2, 3 y 4 LEDE) 3%, Daños (Arts. 221 y 222 CP) 2%, Posesión y Tenencia (Art. 34 LRARD) 2%, Conducción Peligrosa de Vehículo Automotores (Art. 147-E CP) 2%, Agrupaciones Ilícitas (Art. 345 CP) 2 %, Violaciones en Personas Menores de Edad (Arts. 159 y 162 CP) 2%, Tenencia, Portación o Conducción Ilegal de Armas de Fuego (Art. 346-B CP) 2%, Violencia Intrafamiliar (Art. 200 y 338-A CP) 1%, Hurto de Vehículos Automotores (Arts. 207 ,208 y 214-D CP) 1%, Delitos de Menor Incidencia 26%⁴⁵⁶. Sin embargo no figura en dicha lista los ilícitos de corrupción.

No obstante lo anterior, en la Memoria de Labores de la Fiscalía General de la República 2018-2019, en un primer momento se menciona que respecto al

⁴⁵⁶<http://portaldetransparencia.fgr.gob.sv/informacion.php?grpId=4&grpname=Informaci%C3%B3n%20UAIP>, Los datos corresponde a la Dirección de Análisis, Técnica de Investigación e información, Gestión Fiscal 2° Trimestre 2019, consultado a las 18:26 horas del día 18/04/2020.

combate a la corrupción, los casos por este delito iniciados por la Fiscalía, entre 2016 y 2019 suman 732⁴⁵⁷, y para lograr dicho resultado se redoblaron esfuerzos para formar un equipo de fiscales denominado Grupo Contra la Impunidad, con la intención de investigar casos de gran impacto y bajo este esfuerzo, la Fiscalía ha logrado medidas cautelares y solicitudes por un valor equivalente a \$ 46,018,436.⁰⁶, relacionados a los casos de corrupción de gran envergadura, además en algunos casos se pidió levantar la reserva judicial.

Finalmente, menciona los casos más relevantes investigados⁴⁵⁸ entre ellos está el del exalcalde de Apopa y otras 21 personas de integrar una estructura ilícita, además, lograron la condena del alcalde de Olocuilta por Enriquecimiento Ilícito, también lograron condenar a miembros del concejo municipal de San Rafael Cedros y finalmente, la condenan a 10 años de prisión al expresidente del BMI por caso Infocentros.

Llama la atención, que en los casos mencionados si bien causaron un perjuicio al erario público, en el mismo periodo se han realizados otros procesos como el caso Saca, caso Record, caso Cel- Enel, que no figuran en esta lista, y es que, en los dos primeros casos se les concedió una salida alternar y en el último se solicitó en sobreseimiento definitivo quedando este proceso en la impunidad, sin dejar de mencionar que en el caso de las Harinas, ni siquiera se han realizados acciones penales, lo que vuelve necesario un replanteamiento en cuanto a valorar la política criminal contra la corrupción en especial el sector privado. Sin embargo, vale la pena mencionar que por el acuerdo de cooperación de la CICIES y la FGR, se están realizando

⁴⁵⁷ Fiscalía General de la República, Memoria de labores 2018-2019, San Salvador, El Salvador, 2019, Pág. 6.

⁴⁵⁸ Fiscalía General de la República, Memoria de labores 2018-2019, San Salvador, El Salvador, 2019, Pág. 64.

investigaciones a instituciones públicas, por posibles casos de corrupción debido al uso irregular en los procesos de adjudicación y asignación de fondos públicos en el marco de la emergencia por la pandemia del COVID-19.

7.3. Acciones realizadas por las Organizaciones no Gubernamentales, para prevenir ilícitos de corrupción privada.

En El Salvador debido a los problemas que surgen de la corrupción, esto ha generado que parte de la población analice las implicaciones negativas de este fenómeno en los diferentes ámbitos de la vida diaria de los ciudadanos salvadoreños, es por esta razón, que las organizaciones no gubernamentales han incorporado este tema en sus trabajos de investigación, a tal punto que ahora cuenta con unidades específicas para ello, ejemplo de lo anterior, es la Fundación para la Aplicación del Derecho (FESPAD), pues, dicha institución tiene el programa de Transparencia y Anticorrupción, además, ha apoyado jurídicamente a personas de escasos recursos en la formulación de querellas penales como el caso contra la sociedad Batería de El Salvador Sociedad Anónima de Capital Variable⁴⁵⁹. Otra organización es la Iniciativa Social para la Democracia que tiene el Observatorio Ciudadano de Transparencia, y en igual sentido la Fundación Nacional para el Desarrollo⁴⁶⁰ (FUNDE) tiene un Área de Transparencia y Anticorrupción, en cual también ha realizado varias investigaciones respecto a los temas de corrupción y ha creado un centro de asesoría legal para este efecto.

⁴⁵⁹ Sala de lo Penal, Corte Suprema de Justicia, Ref. 22-CAS-2015, sentencia del 31 de octubre de 2016.

⁴⁶⁰ Fundación Nacional para el Desarrollo, Memoria de labores 2017, San Salvador, El Salvador, 2017, Pág. 17.

7.4. Medidas Tomadas por las empresas para evitar el cometimiento de ilícitos económicos.

En el año 2016, la Asociación Nacional de la Empresa Privada desarrolló el XVI Encuentro Nacional de la Empresa Privada, denominado “El Salvador libre de corrupción. Honestos vs Corruptos”⁴⁶¹, dicha organización señala que a nivel mundial han habido protestas ciudadanas en contra de este fenómeno, pues, la corrupción política tiene como consecuencia el mal manejo de los recursos, además menciona que cualquier gobierno está expuesto a este problema, asimismo, hacen relación a los indicadores para medir el nivel de corrupción en el sector público del cual se podía concluir que en los países con mayor índice de desarrollo humano, tienen menor índice percepción sobre la corrupción, por ello, para dicha organización los esfuerzos deben enfocarse más en la corrupción del sector público, en tanto que -según su análisis- El Salvador ha experimentado un deterioro institucional.

En ese marco, hacen las siguientes propuestas para evitar tal situación, estas son: en primer lugar consideran que el rol del sector privado⁴⁶² debe ser más proactivo, para ello se deben tener planes para crear códigos de ética empresarial, en segundo lugar, el rol del gobierno debe girar en torno a realizar reformas legales⁴⁶³ para fortalecer la institucionalidad tanto de la Fiscalía como de la Corte de Cuentas de la República, permitir la

⁴⁶¹ Asociación Nacional de la Empresa Privada desarrolló el XVI Encuentro Nacional de la Empresa Privada, denominado “El Salvador libre de corrupción. Honestos vs Corruptos”, San Salvador, El Salvador, 2016, Pág. 4.

⁴⁶² Asociación Nacional de la Empresa Privada desarrolló el XVI Encuentro Nacional de la Empresa Privada, denominado “El Salvador libre de corrupción. Honestos vs Corruptos”, San Salvador, El Salvador, 2016, Pág. 9.

⁴⁶³ Asociación Nacional de la Empresa Privada desarrolló el XVI Encuentro Nacional de la Empresa Privada, denominado “El Salvador libre de corrupción. Honestos vs Corruptos”, San Salvador, El Salvador, 2016, Pág. 22.

participación de los particulares como víctimas cuando se cometan estos delitos, además, mejorar la transparencia del manejo de la hacienda pública, y para ello se debe investigar las licitaciones públicas de gran envergadura y crear un sistema de subastas por medios electrónicos y por último poner límites constitucionales al endeudamiento público, no obstante lo anterior, en ningún apartado se menciona la posibilidad de tipificar como delito penal la corrupción en el sector privado, ahora bien, la tercera propuesta de la empresa privada es fortalecer a la sociedad civil⁴⁶⁴ para que estos sean garantes de la rendición de cuentas, la responsabilidad fiscal y la demanda de transparencia.

En cuanto a la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), a través del Departamento de Estudios Legales, elaboró una investigación denominada, “Sector privado: agentes de cambio para la transparencia y la lucha contra la corrupción” 2019⁴⁶⁵, en el cual mencionan que la transparencia es un pilar fundamental tanto para el sector público como para el privado, sin embargo, existe problemas derivados de la corrupción por el abusos de poder con vías a obtener un beneficio personal en perjuicio de terceras personas y que en El Salvador se han dado dichos casos, por ello, consideran que el sector privado debe tener un rol más activo en esta materia, con el objetivo de proponer acciones en favor de la ética en el ámbito de los negocios.

⁴⁶⁴ Asociación Nacional de la Empresa Privada desarrolló el XVI Encuentro Nacional de la Empresa Privada, denominado “El Salvador libre de corrupción. Honestos vs Corruptos”, San Salvador, El Salvador, 2016, Pág. 86

⁴⁶⁵ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, “Sector privado: agentes de cambio para la transparencia y la lucha contra la corrupción”, Antiguo Cuscatlán, El Salvador, 2019, Pág. 2.

Para ello, FUSADES ha delineado tres áreas de intervención, la primera tiene que ver con las buenas prácticas en los negocios, la segunda es la transparencia en las relaciones del sector privado con el Estado, lo anterior para prevenir la corrupción y la tercera es exigir la adopción de acciones anti corruptivas en entidades públicas que tienen relaciones con las empresas.

Lo anterior, según FUSADES permitirá⁴⁶⁶ una mayor sensibilidad en los temas de transparencia y lucha contra la corrupción, pero para lograrlo se deberá tomar medidas como la protección de la empresa, tener individualizados los actores, crear redes de acreditación de empresas que practiquen la transparencia y anticorrupción, modelos de códigos de ética y finalmente, elaborar un análisis de propuestas de fortalecimiento normativo de facilitación de tramites digitales y la posibilidad de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas previendo la figura del compliance.⁴⁶⁷

Ahora bien, de los dos planteamientos no se vislumbra una propuesta concreta de reforma en el Código Penal que este encaminada a tipificar el delito de corrupción en el sector privado, lo cual debería ser considerada, en primer lugar, por ser una exigencia contemplada en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, así como otros organismos internacionales, además con dicha regulación permitiría una protección reforzada a la competencia legal y protegería a los consumidores.

⁴⁶⁶ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, “Sector privado: agentes de cambio para la transparencia y la lucha contra la corrupción”, Antiguo Cuscatlán, El Salvador, 2019, Pág. 34.

⁴⁶⁷ El Compliance es un sistema de regulación interna de la empresa, conformada por diversas fuentes que constituyen una forma de control social empresarial con el objeto de prevenir y detectar comportamientos delictivos que puede perjudicar a la persona jurídica, López de Lemos, Ana Isabel Parés, “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017. Pág. 321.

CAPÍTULO VIII

CONSIDERACIONES NECESARIAS PARA LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO Y LOS ELEMENTOS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL EN ESTA DIRECCIÓN EN EL SALVADOR

El propósito de este capítulo es analizar los tipos básicos activo y pasivo en el delito de corrupción privada, el bien jurídico, los sujetos, la conducta típica, la antijuridicidad y culpabilidad. Además, se desarrolla una posición crítica respecto a sancionar a la persona jurídica y finalmente se hace un análisis a los distintos actores de los componentes que debe tener una política criminal en el sector privado.

8. Generalidades para la tipificación del delito de corrupción en el Sector Privado

8.1 Tipo básico de corrupción privada pasiva y activa.

Como ha sido mencionado anteriormente, el legislador penal salvadoreño no ha realizado una reforma dirigida a tipificar el delito de corrupción en el sector privado⁴⁶⁸ conforme a los estándares internacionales europeos y suramericanos. Sin embargo, vale la pena retornar los mismos en especial el de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y los tipos penales de España y Perú para la construcción del mismo conforme a la realidad salvadoreña.

⁴⁶⁸<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1387815s.pdf>, Conferencia de los Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, CAC/COSP/IRG/I/2/I/Add.22, a las 8:30 horas del día 8/04/2020.

Es así que, Art. 21 de la CNUCC, establece que: *“...Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar⁴⁶⁹; b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar⁴⁷⁰...”*

Ahora bien, el Art. 286 Inc. 1º Bis Código Penal de España⁴⁷¹ prohíbe la corrupción en los negocios en su modalidad pasiva el cual literalmente establece: *“...El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones*

⁴⁶⁹ Modalidad activa.

⁴⁷⁰ Modalidad pasiva.

⁴⁷¹<https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, No. 77, Sec. I, Pág. 27061, de fecha 31 de marzo de 2015.

comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja...". Por su parte el Inc. 2° del referido Art. 286 Bis Código Penal español, prohíbe la corrupción en los negocios en su modalidad activa el cual literalmente establece, *"...Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales..."*.

En cuanto al Art. 241- A Inc. 1° Código Penal de Perú⁴⁷², regula la corrupción en el ámbito privado en su modalidad pasiva, así: *"...El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o indirectamente acepta, reciba o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero para realizar u omitir un acto que permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa..."*, por otro lado, el Inc. 2° del Art. 241- A, del Código Penal de Perú, regula la

⁴⁷² https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/192144/DL_1385.pdf, Decreto Legislativo No. 1385, publicado Diario Oficial de Perú, el día 4 de septiembre de 2018, Pág.9.

corrupción en el ámbito privado activo de la forma siguiente “...Será reprimido con las mismas penas previstas en el párrafo anterior quien, directa o indirectamente, prometa, ofrezca o conceda a accionistas, gerentes, directores, administradores, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, una ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para ellos o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir un acto que permita favorecer a éste u otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales...”.

De las anteriores propuestas se puede decir que tienen una estructura parecida en cuanto a castigar las modalidades pasiva y activa de la corrupción privada, de ahí que las pocas variaciones la encontramos en que el tipo penal peruano ha incorporado más sujetos en la modalidad pasiva que el tipo penal español, por otro lado, también hay variantes en las penas y en la forma como sancionan las inhabilidades. De lo anterior, una propuesta para un tipo penal salvadoreño quedaría de la siguiente manera:

En cuanto a la Corrupción en el sector privado modalidad pasiva sería: “...El socio, accionista, gerente, directivo, administrador, representante legal, apoderado empleado, o asesor de una persona jurídica de derecho privado, colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares que por sí o por persona interpuesta, reciba, acepte, solicite donativo o cualquier otra ventaja, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para realizar u omitir un acto inherente a sus funciones y que permita favorecer a otro en la adquisición o

comercialización de bienes o mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será sancionado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa equivalente al triple del valor, beneficio o ventaja...”.

En cuanto a la Corrupción en el sector privado modalidad activa establecería: *“...Con las mismas penas previstas en el inciso anterior será sancionado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a accionistas, gerentes directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, representantes legales, apoderados, empleados o asesores de una persona jurídica de derecho privado incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, un beneficio o ventaja indebida, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para realizar u omitir un acto inherente a sus funciones y que permita favorecer a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales...”*.

La anterior propuesta, son ejemplos de los componentes que debe conllevar una un tipo penal de corrupción en el sector privado, únicamente en sus modalidades activas y pasivas, no obstante, en la medida que avance la doctrina o se genere nueva criminalidad económica, podría eventualmente incorporarse nuevas conductas prohibitivas. Ahora bien, lo plasmado servirá en el presente trabajo para estudiar otros aspectos que debería contener la tipificación de este ilícito, como el bien jurídico, los sujetos activo y pasivo, la conducta típica, la antijuridicidad y culpabilidad; aclarando de antemano, que no es una teoría acabada de la misma, pero al analizar los aspecto más importantes permitirá establecer una política criminal integral respecto a este

fenómeno en el ámbito de los negocios y de esta manera realizar una propuesta de nueva normativa penal.

8.2. Bien Jurídico Protegido en el delito de Corrupción Privada.

Primeramente, es oportuno recordar que el Art. 12 Inc. 1° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, señala de forma expresa que: “...*Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando **proceda**, prever sanciones civiles, administrativas o **penales** eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas...*”⁴⁷³. (Las negritas no corresponden al original). De modo que, existe un compromiso de tipificar como delito la corrupción en el sector privado.

En ese sentido, si bien el Art. 21 de dicho cuerpo normativo, ejemplifico los elementos que debe tener el mismo. Sin embargo, dejado a cada Estado la posibilidad de evaluar las conductas que a su consideración se deben prohibir, sobre lo anterior es de reconocer que tanto la dogmática como la política criminal del continente europeo han sido donde más se ha abordado esta temática y pese a ello, no ha sido unánime las consideraciones respecto a los fines teleológicos de este delito, a tal punto, que hay varios modelos de incriminación, entre ellos, el deber de fidelidad del trabajador,

⁴⁷³ Suscrita el 10 de diciembre de 2003, ratificada por Decreto Legislativo No. 325 de fecha 20 de mayo de 2004, y Publicada en el Diario Oficial No. 131, Tomo No. 364, del 14 de julio de 2004.

omnicomprensivo, patrimonialista y protección a la competencia⁴⁷⁴ los cuales responde a circunstancias particulares.

Ahora bien, conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta los principios de buena fe, mínima intervención y de proporcionalidad como lineamientos constitucionales en lo que se debe tipificar una conducta por su lesividad, los Estados que incorporen esta conducta en especial El Salvador deberían tomar una postura a favor de que el bien jurídico es de naturaleza colectiva y por ende el Estado solamente debe reaccionar ante su posible vulneración a la competencia leal entendida como el correcto funcionamiento del mercado en términos de igualdad de oportunidades de los competidores a la hora de ofrecer, adquirir o contratar productos o servicios en el ámbito de las relaciones comerciales⁴⁷⁵.

En primer lugar, porque los Arts. 101 Inc. 2°, 102 Inc. 2°, 103 y 110 Inc. 2° de la Constitución de la República, reconocen la libertad en el orden económico⁴⁷⁶ que está ligada a la producción de bienes y servicios de calidad destinados a satisfacer las necesidades de los consumidores salvadoreños. Además, porque en un modelo puro de competencia, se puede sancionar al infractor independientemente de su condición, por el hecho de no actuar lealmente, pues, con su mal proceder distorsiona las reglas del mercado.

⁴⁷⁴ González Pilar Otero, Corrupción entre particulares (Delito de), Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 3, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid España, 2013, Pág. 178.

⁴⁷⁵ Gil Nobajas, María Soledad, "El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 Bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia", Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV, Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, España, 2015, Pág. 574.

⁴⁷⁶ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 2-92 de fecha 26 de julio de 1999.

8.3. Los sujetos en el delito de Corrupción Privada.

Si estimamos que la finalidad de este delito es el patrimonio y el orden socioeconómico, concretado en la competencia justa y honesta dentro de las reglas en las que se desarrolla el buen funcionamiento del mercado, se puede decir que este sería un delito común, por lo que, no se exigiría una cualidad específica al sujeto activo⁴⁷⁷ cuando sea la modalidad activa, no obstante, en la modalidad pasiva⁴⁷⁸ si tendría algunas limitaciones. Ahora bien, en ambas modalidades bastaría que este actuara con dolo. En cuanto al sujeto pasivo, sería la colectividad o comunidad⁴⁷⁹ de personas que se verían afectas por la vulneración a la competencia leal.

8.4. La Conducta Típica.

En la modalidad pasiva lo importante es que algunos de los sujetos activo aceptan⁴⁸⁰, recibe o solicita el soborno y que tenga una determinada

⁴⁷⁷ Gil Antón, Ana María, Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código Penal, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) Número 6, Época I, Madrid, España, 2015 Pág. 80.

⁴⁷⁸ Sobre la modalidad pasiva en la mayoría de legislaciones se ha restringido al sujeto que realiza la acción criminal y para ello debe corregir en dicha persona una calidad especial que el legislador penal estima conveniente, Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 299. No obstante lo anterior si se decide por una lista de sujetos estos podrían ser los siguientes: “El socio, accionista, gerente, directivo, administrador, representante legal, apoderado, empleado, asesor de una persona jurídica de derecho privado, colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares” Madrid Valerio, Cecilia “Análisis de la tipificación de la corrupción privada en el Perú: ¿Una estrategia global contra la corrupción también debe involucrar a los particulares? ¿Y a las empresas?”, Revista IUS ET VERITAS, No. 5, Lima Perú, 2019, Pág. 44.

⁴⁷⁹ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 297.

⁴⁸⁰ Madrid Valerio, Cecilia “Análisis de la tipificación de la corrupción privada en el Perú: ¿Una estrategia global contra la corrupción también debe involucrar a los particulares? ¿Y a las empresas?”, Revista IUS ET VERITAS, No. 5, Lima Perú, 2019, Pág. 44

vinculación que le permita favorecer a otro en determinadas situaciones: a) adquisición o comercialización de bienes; b) contratación de servicios comerciales; c) relaciones comerciales. Se exigiría que el agente realice el comportamiento prohibido por razón de su cargo, por lo que se debe considerar que las atribuciones del rol del agente deberían conducir a que pueda realizar u omitir un acto que permita favorecer a otro; pues de lo contrario, no se configuraría una amenaza al objeto de protección. Asimismo, para que se configure el delito de corrupción privada pasiva es necesario que el agente acepte, reciba o solicite un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido.

En cuanto a su modalidad activa la sanción está dirigida al particular sin cualidad especial⁴⁸¹ que promete, ofrece o concede (verbos rectores) un beneficio (dinero o cualquier otro emolumento) al sujeto con cualidades especiales al interior de la persona jurídica (socio, accionista, gerente, director, entre otros) a cambio de que se favorezca a el mismo u otro (persona natural o jurídica) en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales.

8.4.1 La conducta subjetiva.

Como se ha mencionado antes, en este ilícito hay una clara intención de afectar la competencia leal, por lo que, no cabe duda que el elemento

⁴⁸¹ Madrid Valerio, Cecilia “Análisis de la tipificación de la corrupción privada en el Perú: ¿Una estrategia global contra la corrupción también debe involucrar a los particulares? ¿Y a las empresas?”, Revista IUS ET VERITAS, No. 5, Lima Perú, 2019, Pág. 46.

subjetivo es el dolo⁴⁸² directo, pues, basta con conocer que se actúa en un ámbito concurrente de una aceptación o solicitud de la dádiva la cual se hace a cambio de favorecer a otra persona. Es así que, el dolo, como conocimiento del peligro concreto o bien como la indiferencia consciente respecto al peligro para el bien jurídico, supone que el sujeto es consciente de que recibe o solicita una dádiva o que la misma se ofrece o entrega en el marco de una relación entre competidores y con conocimiento de que se exige o espera una actuación posterior relacionada con la dádiva la cual es contraria a la competencia y buena fe. Sin embargo, parte de la doctrina considera que se podría dar casos concretos donde pudiera existir la concurrencia de un dolo eventual.

8.5. La antijuridicidad y culpabilidad.

En cuanto a la antijuridicidad, este es un elemento de la teoría general del delito, que nos indica sobre la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho (injusto o ilícito)⁴⁸³, esto expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. Y es que, si bien, la antijuridicidad no es exclusiva del derecho penal, pues, aplica para todo el ordenamiento jurídico, pero las consecuencias son diferentes, por eso el derecho penal la secciona. De ahí que, en la doctrina se menciona que este componente es un predicado de la acción, es decir, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico, siendo formal cuando existe una contradicción entre una acción y el

⁴⁸² Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 391.

⁴⁸³ Muñoz Conde, Francisco, “Teoría General del Delito, editorial Temis, 2º Edición, Bogotá, Colombia, 2001, Pág. 65.

ordenamiento jurídico y es material cuando la ofensa lesiona o pone en peligro el bien jurídico que la norma quiere proteger.

En esa línea de pensamiento vale la pena señalar que si bien la regla general es que el ordenamiento jurídico penal prohíbe ciertas conductas, sin embargo, hay preceptos permisivos que autorizan realizar un hecho que en principio es prohibido en esta materia, es así que, las causas de justificación convierten el hecho penal en legítimas, por estar aprobadas en el ordenamiento jurídico, de lo anterior la doctrina señala tres causales esta son a) Legítima defensa, b) el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y la obediencia debida y c) Estado de necesidad.

Sobre lo anterior, se menciona que las dos primeras no aplican en los delitos de corrupción privada⁴⁸⁴, sin embargo, al analizar el estado de necesidad se menciona por un pequeño sector de la doctrina que esta se podría aplicar cuando la empresa se encuentre en una situación económica deplorable, y por tal razón el sujeto del delito decide efectuar un acto de soborno para obtener un contrato que le permita superar esa situación, salvando la viabilidad de la misma y de los puestos de trabajo que de esta institución se generan, de ahí que los requisitos a cumplir son que el agente haya agotado todos los medios lícitos, que no hay sido provocada intencionalmente por el sujeto.

En cuanto a la culpabilidad, esta se fundamentada en que la norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos prohibitivo, de ahí que, los individuos deben

⁴⁸⁴ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 393.

abstenerse de realizar uno o varios hechos típicos por la amenaza de una pena⁴⁸⁵. Para ello, es necesario que la persona tenga un determinado desarrollo mental, biológico y cultural (Biopsicosocial), ya que, se espera que el individuo pueda comprender sus actuaciones en el mundo exterior, lo anterior permite fijar en la legislación unos criterios para determinar los casos a partir de un determinado grado de desarrollo biopsicosocial, que le posibilita atribuir al individuo el hecho cometido y hacerle responder del mismo.

De lo anterior, se puede decir que los elementos generales para determinar la culpabilidad son: 1) La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma, y estos solo pueden darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, es decir, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos. 2) Al contrario si el individuo por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación, en la que no era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente y en consecuencia faltara culpabilidad.

Es por ello que la culpabilidad requiere: a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, para ello se incluye supuesto de madurez, psicológicos y a la capacidad del sujeto para motivarse, caso contrario no hay culpabilidad. b) El consentimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, en tanto que la norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer a grandes rasgos el contenido de las prohibiciones. c) La exigibilidad

⁴⁸⁵ Muñoz Conde, Francisco, "Teoría General del Delito, editorial Temis, 2° Edición, Bogotá, Colombia, 2001, Pág. 103.

de un comportamiento normal, ya que, el derecho exige comportamientos incómodos o difíciles, pero no imposibles y por consiguiente no heroicos.

De lo anterior, se puede decir que la culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos, es por ello que suele decirse que al carecer de esta capacidad por no tener madurez suficiente o por alteraciones psíquicas, este no puede ser declarado culpable y en consecuencia no es responsable penalmente. Pero para tal declaración existe filtros o excluyentes de culpabilidad. Ahora bien, en materia de corrupción privada, no hay mayores cuestiones, en cuanto a alguno de los elementos como la imputabilidad o la exigibilidad de otra conducta⁴⁸⁶. No obstante, se mencionan otros cuestionamientos relacionados con el conocimiento de la antijuridicidad del hecho realizado o el conocimiento de su ilicitud, ya que están en relación con los problemas del error de prohibición.

En relación a esto último, se menciona por un pequeño sector de la doctrina, que los supuestos de error pueden darse cuando estamos en presencia de un desconocimiento por parte del autor de que los actos de soborno entre particulares está prohibido⁴⁸⁷, lo anterior podría darse en los casos que esta conducta recientemente se hubiera introducido por el legislador penal, siendo este un error de prohibición directo, en tanto que no conoce la nueva norma, porque considera que no le es aplicable o simplemente la interpreta

⁴⁸⁶ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 397.

⁴⁸⁷ Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017, Pág. 398.

erróneamente en aquellas actividades de naturaleza mercantil que son usualmente gratificadas a ciertas personas por su profesión u oficio.

8.6. Posición crítica respecto a responsabilizar penalmente a las Personas Jurídicas en El Salvador.

Previo al análisis del tema, respecto a la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en El Salvador, es importante señalar que dicha discusión ha sido una constante en el derecho penal, por lo que, señalaremos los cuestionamientos a las misma y posteriormente procederemos a una análisis de las postura favorables a la introducción de esta figura en esta materia.

De acuerdo a los doctrinantes contrarios a la postura de responsabilizar a la persona jurídica, sostienen que los sistemas jurídicos penales de origen latino, se caracterizan por un contundente rechazo a tal posibilidad, y para reforzar su posición citando posturas de Hans Kelsen quien planteo lo siguiente: “...*Una dificultad aparece cuando se formula la pregunta de si una sociedad puede ser responsabilizada por delitos que sean condición de otras sanciones, a saber: de penas de privación de libertad o, inclusive de la pena capital, cometidos por individuos facultados al efecto, en el sentido estricto de la palabra, por el estatuto público o secreto, sea válido o invalido, pero eficaz en los hechos. Parece, en realidad, una representación absurda de pensar que pueda imponerse una pena de privación de libertad, o una pena muerte a una persona colectiva. Sólo puede privarse, como pena coactiva, de libertad o de la vida, a los hombres...*”⁴⁸⁸. Y es que, sobre lo anterior, tradicionalmente se ha rechazado esta postura primeramente por que la

⁴⁸⁸ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Corte Suprema de Justicia, Sección de Publicaciones, San Salvador, El Salvador, 2013, Pág. 192.

persona jurídica tiene incapacidad de acción (acto voluntario), en segundo lugar, porque es incapaz de interiorizar culpabilidad, en tercer lugar, es inidóneo para ser sancionado con pena de prisión y en razón de esto último no se podría cumplir con los fines de las misma (prevención general y especial), ya que, carece absolutamente de sustrato físico y psicológico sensible que le hace imposible experimentar sensaciones.

Pese a lo anterior, los juristas críticos a la postura de responsabilizar a la persona jurídica, señala que en la década de los años 80 del siglo pasado, a consecuencia de la expansión del derecho penal, este tema ha tenido un nuevo resurgimiento donde se plantea nuevamente que este ente ficticio puede ser capaz de soportar una pena y para abrir este debate tiene como premisa ignorar los anteriores cuestionamientos y crea su propio concepto de acción y culpabilidad⁴⁸⁹, para ello ocupan el método de la analogía para interpretar que la persona jurídica al igual que la física son destinatarios de las normas de conductas (mandatos y prohibiciones) para su actuar; además, asimilan la culpabilidad como un defecto de organización u omisión de las medidas precautorias necesarias para evitar la comisión de delitos en el ejercicio de sus actividades.

Sobre la anterior postura, les hacen la siguiente crítica, en primer lugar, la persona jurídica únicamente se le puede someter a normas de valoración o de distribución, pero jamás normas de conducta, pues no tienen capacidad de acción, en segundo lugar, el efecto de la organización de la persona jurídica no tiene nada que ver con la culpabilidad, pues, estamos ante un estado objetivo resultante de infracción de deberes, en tercer lugar, no puede

⁴⁸⁹ Gracia Martín, Luis, “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 18-05, Universidad de Granada, Granada, España, 2016, Pág. 12.

haber injusto puramente objetivo, pues, esto es contrario a las normas de valoración. De ahí que, si se permitiera tal cosa estaríamos en presencia de un sistema paralelo al sistema de transferencia, dando lugar a la responsabilidad del hecho ajeno el cual es incompatible con el principio de culpabilidad. Por otro lado, es falas concebir que la persona jurídica tiene capacidad y libertad de auto organizarse, pues, en realidad dicho ente es una personificación de un sujeto colectivo de individuos que hacen funcionar a la organización, por ello, no se puede decir que estamos en presencia de análogos entre la persona jurídica y la física.

Otros cuestionamientos que se les hace a los exponentes que están a favor de responsabilizar a la persona jurídica, es que dichos juristas han elaborado la teoría de la tercera vía, el cual señala que el ente colectivo comete acciones típicas y culpables de las que deben responder y para ello proponen crear un derecho penal de la persona jurídica accesorio⁴⁹⁰, donde se cambien algunas nomenclaturas para equiparar la consecuencias jurídicas accesorias, con la sanciones penales, pues, se debe ser pragmáticos ante este fenómeno.

Sobre lo anterior, los críticos a esta postura, consideran inadmisibles tal teoría, pues, para ellos, el derecho debe proveer códigos estrictos en sus conceptos para no caer en errores lógico- objetivos (ejemplo no se puede llamar pena a las medidas de seguridad). Además, la legislación penal es un instrumento técnico de concreción del Derecho, pues del derecho penal tiene principio y reglas que limitan el poder punitivo y no se puede prescindir de la dogmática en favor de la eficacia, porque esto sería el aniquilamiento del derecho.

⁴⁹⁰ Gracia Martín, Luis, “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 18-05, Universidad de Granada, Granada, España, 2016, Pág. 32.

Finalmente, los críticos consideran que el ordenamiento jurídico debe establecer instrumentos de intervención contra la persona jurídica cuando la persona física que actúa para ella⁴⁹¹, comete delitos y/o infracciones en el ejercicio de sus actividades, por ello se debe crear consecuencias jurídicas correspondientes, que no puede ser penales, sino que estas deben estar orientadas al ordenamiento distributivo de bienes cuando se ha causado un perjuicio o riesgo en el ámbito civil o administrativo de policía coercitiva no sancionatorio.

Por otro lado, para los partidarios de responsabilizar a la persona jurídica consideran que existe una necesidad política criminal de sancionar a la delincuencia económica organizada, mediante una respuesta punitiva penal la cual debe ir acompañada de medidas de carácter administrativas sancionatorias y de consecuencias accesorias. Lo anterior, se debe a que la criminalidad de cuello blanco, constituyen empresas no para actividades lícitas, sino por el contrario, lo hacen para generar una cultura de irresponsabilidad en la organización de la misma, y es que, con un ente jurídico de fechoría, permite la división del trabajo y de jerarquía difuminada que tiene como efecto, dificultar la responsabilidad penal individual, pues, se produce una separación penalmente relevante entre quien da la orden y quien la ejecuta, lo anterior, facilita la transmisión de valores proclives a la comisión de delitos, en tanto que, la mayoría de los ordenamientos rechaza la responsabilidad penal subsidiaria de la persona jurídica, en cambio con esta nuevas institución hoy la responsabilidad de la persona jurídica es directa.

⁴⁹¹ Gracia Martín, Luis, “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 18-05, Universidad de Granada, Granada, España, 2016, Pág. 80.

No obstante lo anterior, si bien los partidarios de esta postura reconocen que no se puede prescindir de la responsabilidad penal individual, esta es insuficiente en tanto que la mayoría de los ordenamientos opta por una responsabilidad acumulativa de la persona física. En ese orden de ideas, según los juristas a favor de esta teoría, consideran que el castigo de la persona física no afecta a la estructura organizativa de la persona jurídica, ni la obliga a alterar su forma de actuar, ya que, la empresa no puede auto organizarse para bloquear la exigencia de responsabilidad penal a sus dirigentes. Otra consideración que hacen, es que las sanciones como la multa, carece de efecto preventivo, puesto que se calculan con arreglo a la capacidad económica del imputado, cuando debería ser a la persona jurídica, pues, esta última fácilmente puede pagar el importe de algunos de sus miembros que han cometido la infracción por ésta, en cambio al calcular la multa en base a la empresa, los costos que derivan de ella difícilmente serian absorbidos por la misma entidad.

Por lo anterior, este sector de la doctrina concluye que la insuficiencia de las medidas preventivas de las sanciones administrativas a las empresas vuelve necesaria penalizar a las empresas por el efecto estigmatizaste de esta, además, en más fácil conllevar un proceso penal que un procedimiento administrativo. Finalmente, porque si bien, las consecuencias administrativas pueden ser de importe o duración superior a las penales. Pese a ello, su efecto simbólico es más reducido, frente a las sanciones penales.

En cuanto al modelo español dicha figura fue introducida mediante la L.O. 5/2010 pues, el Art. 31 bis. 1 Código Penal Español., establece que la persona jurídica es penalmente responsable por los delitos que cometan en su nombre, por su cuenta y en su beneficio, sus órganos y representantes

legales o quienes están sometidos a la autoridad de éstos. De ahí que el Art. 33.7 Código Penal Español, introdujo un catálogo de consecuencias específicas a las cuales les ha denominado “penas”, cuyo contenido es la privación o restricción de bienes y derechos de los que supuestamente son titulares semejantes entes en cuanto sujetos de derecho y en el Art. 66 bis Código Penal Español se han previsto unas reglas de determinación de las supuestas penas.

Ahora bien, en la Exposición de Motivos del Código Penal de El Salvador del año 1998, se mencionó que en esta legislación se iba a introducir la figura del actuar por otro, para hacer frente al problema criminal respecto a la responsabilidad de la persona jurídica y para ello los redactores del mismo señalaron que: “...se consideró inaceptable la creación de un sistema de doble imputación referido a personas naturales y jurídicas...”⁴⁹². No obstante lo anterior, para suplir el tema de responsabilidad civil y sus consecuencias accesorias, nuestra legislación estaría sustentada bajo el principio de solidaridad y subsidiariedad, así como las reglas de transmisión de las obligaciones y las reglas de prescripción, donde se desarrolló la responsabilidad subsidiaria de las personas jurídicas, del Estado, las municipalidades y funcionario públicos.

Por lo anterior, algunos juristas consideran que nuestro modelo es de responsabilidad indirecta, accesorio de la persona física⁴⁹³, (actuar en lugar de otro), el cual está contemplado en el Art. 38 Pn., denominado “Actuar por

⁴⁹² Hernández Valiente, Rene, exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Penal, Ministro de Justicia de El Salvador, 25 de mayo de 1994, Editorial Jurídica Salvadoreña, Recopilación de Leyes Penales, San Salvador, El Salvador, 2006, Pág. 78.

⁴⁹³ Zúñiga Rodríguez, Laura, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal peruano de 2009”, Anuario de Derecho Penal, No. 2009, La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú, Lima, Perú, 2015, Pág. 168.

otro” que establece lo siguiente: “...El que actuare como directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieron en la persona en cuyo nombre o representación obrare⁴⁹⁴. (...) En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante lo anterior, en el caso de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el Art. 118 de este Código...”⁴⁹⁵.

Sobre la referida norma, nuestra doctrina ha expresado que tal precepto “...extiende a quien las condiciones que cualifica a aquél en cuyo nombre actúa, condiciones que son las que recoge el tipo penal se transfiere a quien actúa en nombre o por cuenta de otro unas condiciones típicas de las que carece pero que sí posee el representado, quien resulta impune, bien por no tener capacidad penal (una persona jurídica), (...) bien por ser ajeno a la actuación de quien la representa...”⁴⁹⁶. Lo anterior, obedece a que la referida institución pretende evitar la impunidad de actuaciones criminales cometidas por los miembros de la sociedades o empresas bajo el manto de la misma, pues, al individualizar a los integrantes, con esta norma se le puede revestir

⁴⁹⁴ Fue reformado mediante Decreto Legislativo No. 836 de fecha 9 de noviembre de 2011, publicado en el Diario Oficial No. 229, Tomo No. 393, de fecha 7 de diciembre de 2011.

⁴⁹⁵ Fue reformado mediante Decreto Legislativo No. 914 de fecha 14 de diciembre de 2005, publicado en el Diario Oficial No. 8, Tomo No. 370, de fecha 12 de enero de 2006.

⁴⁹⁶ Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo I, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004, Pág. 245.

ciertas características que solo posee la Persona Jurídica y no en los miembros que la componen.

De ahí que, al determinar la vinculación entre los sujetos y el ente ficticio, se procede a averiguar la participación de cada uno de los miembros de la corporación en el hecho criminal y su grado de imputación y culpabilidad, pues, el actuante ha realizado la parte objetiva y subjetiva de tipo penal acusado, tal como lo establece los Art. 33, 34, 35, y 36 de Código Penal, bastando que la persona actúe en nombre o representación de la institución donde obre. No obstante, se menciona la posibilidad de distinguir la actuación del órgano de la persona jurídica o de la persona física que actúa como instrumento del ente.

Para materializar lo anterior, se debe retomar los elementos que estaban separados en el tipo penal acusado (verbigracia el delito de evasión de impuesto o contaminación ambiental) y esta disposición (Art. 38 Pn.)⁴⁹⁷, para que, de esta manera se pueda unificar en un solo sujeto activo (cualificado), ya que, por ficción legal se le trasmite la imputación de la persona jurídica a la persona física (intraeius) como el autor de hecho. En tanto que el Art. 38 Pn., lo que hace es poner a la persona natural ante una situación análoga con la persona jurídica para tratar a quien, si tiene cualidad de imputar, siendo legítima tal situación por la apertura que da la referida normativa.

Finalmente, se debe agregar que nuestra legislación también regula las medidas contra entes colectivos, y es que, en la primera parte el Inc. 2º del Art. 38 Pn., regula la responsabilidad civil subsidiaria especial por algunos delitos. Sin embargo, en la parte final de referido artículo establece la

⁴⁹⁷ Se debe analizar las de los otros ordenamientos jurídicos como el civil, mercantil, administrativa, ambiental entre otras.

responsabilidad solidaria por daños causado según lo establece el Art. 118 Pn., en los casos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional. En cuanto a las consecuencias accesorias el Art. 126 Pn., regula la pérdida del producto de las ganancias provenientes del delito y por último, el Art 127 Pn., regula el Comiso.

Ahora bien, respecto al modelo de atribución de responsabilidad penal directa de la persona jurídica, -como se ha expresado ante- El Salvador no cuenta con dicha regulación⁴⁹⁸, no obstante, el Art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, promueve la introducción de dicha figura, pues, la referida normativa establece que: *“...1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo...”*. De ahí que, los organismos especializados de la Convención señalan la posibilidad de incorporarla en la legislación penal, que se adopte una definición menos restrictiva del Art. 119 Pn., de la responsabilidad civil de dicho ente, que se legisle en el sentido que haya una responsabilidad solidaria entre la persona

⁴⁹⁸<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1387815s.pdf>, Conferencia de los Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, CAC/COSP/IRG/I/2/I/Add.22, a las 8:30 horas del día 8/04/2020.

natural y jurídica en todos los delitos de la Convención y que establezca en el Código de Comercio la posibilidad de disolver la sociedad, por los delitos de corrupción que cometan sus representantes.

En el ámbito nacional, dicha temática ha sido estudiada por FUSADES institución privada que, al realizar grupos focales sobre esta temática, sus participantes les han señalado que los actos de corrupción y fraude en los negocios son realizados por personas jurídicas, sobre lo anterior, si bien reconocen que no se le puede imponer una pena de prisión a un ente jurídico, sin embargo, esta puede ser sancionadas con medias de carácter patrimonial para prevenir y corregir estos actos ilícitos. No obstante, la referida organización considera que antes de introducir esta figura, previamente se debe promover un amplio debate⁴⁹⁹ sobre la misma; además, si eventualmente se considera necesaria la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se debe evitar que esta figura sea utilizada arbitrariamente, por otra parte, también se debe estudiar la implementación de normas de cumplimiento (compliance) y de una persona encargada de vigilar el cumplimiento de las normas éticas.

Sobre lo anterior, se puede inferir que a final de cuentas dicha institución jurídica será introducida en nuestra legislación de ahí la importancia de estudiar su fundamento. Ahora bien, el mencionado modelo de responsabilidad penal directa de la persona jurídica⁵⁰⁰, según sus partidarios, es compatible con el de la persona física pero también puede funcionar

⁴⁹⁹ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, “Sector privado: agentes de cambio para la transparencia y la lucha contra la corrupción”, Antiguo Cuscatlán, El Salvador, 2019, Pág. 40.

⁵⁰⁰ Zúñiga Rodríguez, Laura, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal peruano de 2009”, Anuario de Derecho Penal, No. 2009, La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú, Lima, Perú, 2015, Pág. 168.

independiente de ella, por ello, se manejan dos variantes, esto son el modelo de responsabilidad por atribución y el modelo de responsabilidad por hecho propio.

En cuanto al modelo de responsabilidad por atribución⁵⁰¹ sus partidarios mencionan que este presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una persona física integrada en la persona jurídica, generalmente en sus órganos de dirección o representación. De ahí que, la responsabilidad por ese hecho se transfiere a la persona jurídica, en virtud de la relación funcional entre la persona física y la jurídica, además, sostiene sus partidarios que este modelo no tiene problemas con la teoría de delito, pues, no hablaría non bis in ídem.

No obstante, algunos señalan varios problemas en la aplicación de este modelo, en primer lugar, sucede cuando el hecho es cometido por una persona física de rango inferior en la empresa, y sobre lo anterior da dos posibles soluciones, una es aceptar la teoría de competencia sectorial con autonomía operativa o bien se fundamenta la atribución por la omisión del deber de vigilancia de los dirigentes sobre esos subordinados, el segundo problema, es que hacer cuando no se identifica persona física alguna como autora del hecho que atribuir a la persona jurídica y sobre ello se ha planteado que se acepte la posibilidad de castigar a la persona jurídica incluso sin haber identificado a la persona física responsable.

⁵⁰¹ García Cavero, Percy, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista de Estudios de la Justicia, No. 16, Santiago, Chile, 2012, Pág. 59.

En cuanto al modelo de responsabilidad por hecho propio⁵⁰², este se sustenta en que la culpabilidad de la empresa es por defecto de organización o bien por la actitud criminal de grupo, ya que, no pretende transferir la responsabilidad de la persona física, que puede no haber sido identificada o haber actuado de modo inculpable, en tanto que, ni el defecto de organización ni la actitud criminal de grupo son en sentido estricto “hechos”. De lo anterior, sus críticos señala que los problemas surgen a la hora de aplicar la teoría, pues, se cuestiona si la persona jurídica puede ser destinataria de directivas y sobre ello se menciona que las directivas presuponen personas naturales dotadas de autoconciencia y libertad, pero la persona jurídica puede ser destinataria de expectativas de conductas protegidas mediante sanciones penales, además, la persona jurídica puede ser un centro de imputación de la frustración de expectativas normativas y sujeto pasivo de las eventuales consecuencias, otro punto problemático, es si la persona jurídica es realmente una persona, cosa o instrumento peligroso en manos de personas físicas y para resolver esto se debe reconstruir el concepto de culpabilidad que puede ser por defecto de la organización o bien apelar solo a la peligrosidad.

Ahora bien independiente de los modelos que se pretenda adoptar hay problemáticas que son comunes, una de ellas gira entorno a limitar o no a las personas jurídicas, es decir, solamente se incluyen a las instituciones de derecho mercantil o se incluyen personas jurídicas de otros ordenamientos, por otra parte, haría un numero abierto o cerrados de delitos que pueden cometer dicho ente y si fuera este último, cuántos de ellos serían (ejemplo

⁵⁰² García Cavero, Percy, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista de Estudios de la Justicia, No. 16, Santiago, Chile, 2012, Pág. 61.

solamente delitos societarios, o por el contrario, serían los tipos penales que sancionan la corrupción, la hacienda pública, el medio ambiente, entre otros).

Finalmente, otro cuestionamiento surge sobre la necesidad de aplicar las penas (pues para algunos autores no procede y sobre este aspecto ya se mencionó anteriormente), pues, según la doctrina que sustenta esta teoría se debe evaluar la regulación sobre el quebrantamiento, las cuales deben ser necesarias para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, además se debe tener en cuenta sus consecuencias económicas y sociales, en especial para los trabajadores y de igual manera el puesto en la estructura que ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

Ahora bien, independientemente de los cuestionamientos mencionados, los juristas que están a favor de esta teoría han propuesto las siguientes medidas sancionatorias: 1) Disolución, 2) Suspensión de actividades, 3) Clausura de locales y establecimientos, 4) Prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito, 4) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, 5) Intervención judicial y finalmente, 6) La Multa, esta última que para varios autores es realmente por excelencia la sanción más óptima, en tanto le ahorra al Estado el hecho de mantener a un delincuente y logra ingresos monetarios a los caudales públicos por el pago de la misma. Ahora bien, los críticos de estas medidas consideran que éstas ya están incorporadas en otros ordenamientos, por lo que no es necesario introducirla al derecho penal.

8.7. Análisis de las entrevistas a los diferentes actores que deben tomarse en cuenta para la elaboración de una política criminal integral que sancione los delitos de corrupción en el sector privado.

Para la realización de este apartado, se había seleccionado varios y diferentes actores claves de sector público, privado y sociedad civil organizada, sin embargo, debido a la dificultad de contactar a dichas personas por el estado de emergencia que ha tenido el país en el año 2020, las entrevistas fueron remitidas vía correo electrónico a todos los actores de los cuales respondieron únicamente los siguientes: Dr. Ramón Iván García Magistrado Suplente Sala de lo Penal y Propietario de la Cámara de la Segunda Sección del Centro, Padre José María Tojeira Pelayo, Instituto de Derechos Humanos Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", Cristina Cornejo Amaya, Diputada Propietaria FMLN, Gladis de Mojica, (FUNDE-ALAC / Santa Ana), Héctor Josué Carrillo Portillo, (FESPAD), agregado a que enviaron respuesta por parte de los técnicos de la Superintendencia del Sistema Financiero, por lo que después de analizar sus opiniones se ha procedido a realizar un estudio cualitativo del mismo que será desarrollado a continuación:

8.7.1. Estado actual de la política criminal sobre la corrupción en El Salvador

Respecto a la percepción de los encuestados, consideran que no hay una clara política criminal respecto al fenómeno de la corrupción en El Salvador, sin embargo, considera que existe algunas acciones individuales por parte de las instituciones públicas, entre ellas, la Fiscalía General de la República, Corte de Cuentas de la República, Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia y el Instituto de Acceso a la Información Pública, las cuales han

estado incardinadas en transparentar y combatir la corrupción pública, aunque también aclara que en los últimos años dichas instituciones no han tenido el mismo dinamismo, a tal punto que pareciera tener un bloqueo para desarrollar su funciones, por otro parte, los entrevistados reconocen que no se han realizado acciones concretas para prevenir y sancionar los ilícitos de corrupción en el sector privado.

Otro aspecto importante que señalan los encuestados, es que existen actores económicos y políticos que tiene mucha influencia, a tal grado que no permiten que se avance en el combate de este tipo de criminalidad porque en cierta medida se podrían ver afectados directamente si la institucionalidad funcionara en el combate de la delincuencia económica, pues, en algunos casos sus negocios se ven favorecidos al mantenerse las condiciones actuales, ya que, logran ganar licitaciones públicas en tanto que la competencia que eventualmente podrían tener, no sería tomada en cuenta por el órganos contratante.

8.7.2. Contenidos esenciales que debería tener una política criminal relativa a la corrupción en el sector privado salvadoreño.

Los encuestados señalan como componentes necesarios para la creación de una política criminal en el sector privado, primeramente se debe revisar el ordenamiento jurídico salvadoreño para conocer sus fortalezas y principalmente sus debilidades, en ese sentido se debe revisar las agencias gubernamental de control y su previsión en la compra de bienes y servicios, agregado a que se debería reformar la Ley de Adquisidores y Contrataciones de la Administración Pública, en tanto que la corrupción privada tiene correspondencia con la corrupción pública, ejemplo de lo anterior, muchos

particulares apoyan políticamente a los partidos políticos para que posteriormente estos los beneficien con contratos de carácter público.

Otro aspecto que se debe hacer es darle cumplimiento a la Ley de Ética Gubernamental, para evitar que lleguen personas a los puestos de dirección cuando esto no reúna los requisitos para ostentar puesto o por que dicha persona tenga afinidad con la persona que lo puso. Y es que, una persona, aunque no reciba salario, pero puede influir o decidir en las contrataciones que debe hacer la institución que dirige.

Agregado a lo anterior, tanto el Ministerio de Hacienda, la Fiscalía General de la República y la Corte de Cuentas de la República, deberían tener un personal altamente capacitado en materia financiera y contable nacionales e internacionales y que puedan solicitar los documentos para que puedan ser valorados en juicios civiles, administrativos y penales en El Salvador tal como lo establece los Arts. 340 y 341 CPCM, para que estos puedan detectar indicios de corrupción y evitar que estos se consuman, por otra parte, de haberse cometido algún acto ilícitos, se debe fundamentar bien el caso y que al presentarlo a la sede judicial se tendría que remitir a los jueces más experimentados y capaces de llevar esta clases de diligencias hasta su término. Agregado a lo anterior, se debería crear los mecanismos para evitar el soborno a todo nivel tanto en la esfera pública como en la privada y finalmente, se debería mejorar los mecanismos de contraloría social.

8.7.3. El rol de los actores que deberían sancionar los delitos de corrupción en el sector privado en El Salvador.

Primeramente, debe tener un rol activo, decisivo y valiente para romper el régimen del temor y el terror institucional. Para ello, debe mejorarse el

mecanismo de vigilancia, control, denuncia, investigación y sobre todo de colaboración de las instituciones públicas, entre ellas, Fiscalía General de la República, la Superintendencia del Sistema Financiero, el Tribunal de Ética Gubernamental, la Sección de Probidad las misma Corte Suprema de Justicia, la Policía Nacional Civil y todas aquellas instituciones con la facultad de registrar las actuaciones del sector privado, tales como Registro de Comercio y el Registro de la Propiedad.

Para ello, se debe hacer las acciones siguientes: 1) Promover la adopción de un marco legal adecuado y específico que abarque todos los ilícitos de corrupción que se suscitan en el sector privado; 2) Contribuir a la generación de una cultura de respeto, mediante divulgación del marco legal que tenga que ver con la delincuencia de carácter económica, también mediante investigaciones sobre el impacto que tiene esta delincuencia en el orden socioeconómica del país y finalmente 3) Realizar una labor de contraloría sobre la aplicación de la política criminal del sector privado que se debería implementar y que esté acorde a la realidad de nuestro país.

8.7.4. Viabilidad de tipificar el soborno entre privados y sancionar a la persona jurídica en El Salvador conforme a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Sobre este tópico, la mayoría de entrevistados considera que si es necesario la tipificación de delito de corrupción en el sector privado y sancionar a la persona jurídica, un entrevistado menciona que esto es competencia es de la Asamblea Legislativa y otro entrevistado menciona que no es necesario. Ahora bien, los mencionados actores consideran que en El Salvador hay normativa con la que se puede sancionar a la delincuencia de carácter económica y sobre lo anterior mencionan como ejemplos que el Art. 5 de la

Ley de Ética Gubernamental, el Art. 6 de la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, pues, a la persona jurídica se le somete a dicha ley y el Art. 4 de la Ley de Lavado de Dinero y de Activos. Agregan además que se debe fortalecer las instituciones encargadas de la investigación y las que sancionan estas clases de ilícitos.

CONCLUSIONES

El fenómeno de la corrupción se remonta desde la época antigua independientemente de la zona geográfica, la cual se ha caracterizado como una acción reprochable por la comunidad, pues, destruye los cimientos de unidad, por tal razón siempre se ha relacionado este ilícito como una acción inadecuada de una autoridad o funcionario público que abusa de su poder para realizar una actividad contraria al ordenamiento jurídico, en beneficio propio o de un tercero, pero que perjudica a la colectividad, por ello diferentes disciplinas como la política, la ética, la económica y el Derecho la han estudiado. De ahí que, tal concepto ha sido retomado por la doctrina moderna y en especial por el derecho penal económico para dar respuesta ante los ilícitos que se cometen en el ámbito de las relaciones de los particulares dentro de una sociedad o empresa.

El delito de corrupción entre privados está enmarcado en el derecho penal de segunda velocidad y se justifica porque debe protegerse la competencia leal, evitar la distorsión del mercado, salvaguardar los bienes jurídicos colectivos, además en esta clase de ilícitos la víctima es difusa, finalmente esta reforma es impulsada tanto por la sociedad civil como por los gestores atípicos quienes pretenden promover modelos de acuerdo a sus intereses los cuales pueden ser para conservar la fidelidad del trabajador o por castigar las infracciones de deberes, otros lo que buscan es proteger la competencia leal y finalmente cierto sector minoritario busca regular una conducta meramente patrimonial.

De acuerdo a la literatura, la mayoría que comete delitos de carácter económico dentro de los que se enmarcan los ilícitos de corrupción en el sector privado, son conocidos como delincuentes de cuello blanco que los

caracteriza por ser personas que pertenecen a la clase alta o capa media, que laboran dentro de la actividad productiva, además existe una elevada cifra negra de actuaciones que quedan en la impunidad sobre todo cuando no se regulan adecuadamente conductas como la corrupción en los negocios, en ese orden ideas, al tener poder económico y político dificulta a las agencias estatales el poder investigarlos, ya que ejecutan acciones tendientes a sobornar a las personas que realizan las diligencias de investigación, por otra parte, al judicializarse una causa criminal la mayoría de penas son de índole pecuniarias.

A partir del Siglo XX se aceleró el proceso de globalización y de las privatizaciones de los bienes públicos estatales, lo cual devino en la necesidad de regular el fenómeno de la corrupción cuando una empresa transnacional sobornaba a un funcionario público extranjero, a tal punto que los organismos intencionales retomaron dicha labor, por lo que, se crearon las primeras declaraciones e instrumentos internacionales, uno de ellos es el Convenio de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La Organización de las Naciones Unidas en vista del creciente fenómeno del soborno tanto en el ámbito público y privado consideraron necesario crear un instrumento específico para prevenir y sancionar esta clase de conductas por lo que se creó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción en el año 2003 y en sus Arts. 12, 21, 22 y 26 se establece la obligación para los Estados miembros de este instrumento, a crear, modificar y mejorar tanto las políticas públicas como la legislación civil, administrativa y penal, para el combate de los ilícitos en el sector privado.

Al revisar los instrumentos internacionales regionales se puede observar que el continente europeo ha creado legislación específica para el combate de la corrupción en general y la privada en particular del cual podemos citar los Arts. 2 y 3 de la Acción Común del Consejo de la Unión Europea, los Arts. 7 y 8 del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo Europeo del cual desarrollan aspectos generales, normas típicas, rol de las instituciones estatales, en cambio en el Sistema Americano únicamente se cuenta con los Arts. VIII y IX de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, que únicamente regula conductas referentes al sector público y las transacciones internacionales, pero no menciona acciones concretas respecto a la corrupción en el sector privado, no obstante, vale la pena reconocer que el Art. 5 del Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, del Sistema de la Integración Centroamericana, señala sobre el peligro de esta clase de conductas en las relaciones de los particulares, sin embargo, no establece acciones concretas que deberían de realizar los Estados de este istmo.

El concepto de política viene de la edad antigua, que con el paso de los años se ha complejizado a tal punto que esta tiene diferentes acepciones y manifestaciones que dan lugar a diferenciar una actividad estatal en concreto, en cuanto a la Política Criminal si bien algunos discuten sus orígenes, la doctrina mayoritaria señala que los fundamentos teóricos iniciaron con los escritos de la escuela positivista italiana y concretamente con Becarria, pero fueron los doctrinantes alemanes quienes realmente desarrollaron tal noción con los escritos de Kleinschrod, Feuerbach, Henke y Franz Von Liszt.

La Política Criminal si bien era una herramienta para la legislación de los tipos penales, en la actualidad es una disciplina científica que estudia el

conjunto de medidas de carácter social, educativa, económica y jurídica que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno delincencial y de esta manera mantener el equilibrio del poder punitivo, pues, en un Estado Constitucional Democrático de Derecho se deben crear medidas legislativas racionales conforme a la dogmática penal y el respeto a los Derechos Humanos bajo criterios técnicos, además se debe apoyar de otras disciplinas como la criminología, la técnica de la legislación y el análisis económico del derecho.

Los actores de la política criminal los podemos clasificar en dos grupos, los primeros, son los clásicos, entre ellos, están las agencias estatales de las cuales se pueden destacar los poderes fundamentales de un país, es decir, los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, agregando a las instituciones autónomas como la Fiscalía General de la Republica, también hay actores sociales como los Medios de Comunicación, las asociaciones de empresarios y de la sociedad civil. En segundo lugar, en los últimos años se ha estudiado otros actores supranacionales, como son las empresas multilaterales y los Organismo Internacionales.

La política criminal ha estudiado el populismo punitivo frente a las medidas racionales, sobre lo primero, señalan que son ciertos sectores políticos y sociales que pretenden aparentar que están reaccionado ante el fenómeno de la delincuencia y en particular la que tiene relación con la corrupción y que proponen la creación de tipos penales o el agravamiento de las penas, pero que al final de cuentas sus aportes son insustanciales, en el segundo punto, son los estudios fundados de las medidas que se deben implementar para prevenir y sancionar los ilícitos los cuales deben estar orientados en principio y garantías constitucionales.

En cuanto a la política criminal de la corrupción en el sector privado, los organismos internacionales en las últimas dos décadas han realizado esfuerzos para sistematizar las acciones tanto legislativas como de ejecución para hacer frente a este tipo de delincuencia económica, por lo que, ya se cuenta con un instrumento general como es la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, sin embargo al revisar por regiones el continente europeo ha dado una respuesta en conjunto a través de diversos instrumentos multilaterales. No obstante, en el continente americano solamente se ha creado un instrumento enfocado para la corrupción pública, pese a ello, en sur américa cada país verbigracia Colombia, Argentina, Perú y Chile están reformado su legislación para hacer frente a este problema.

En nuestra legislación prevalece el principio de supremacía constitucional por lo que todas las acciones estatales deben girar en torno a este cuerpo normativo, en ese sentido los Arts. 2, 22, 23, 101 Inc. 2°, 102 Inc. 2°. 103 y 110 Inc. 2° Cn., regulan la propiedad, la actividad económica en función social, prohíbe el monopolio y protege a los consumidores, por lo tanto cualquier política criminal económica dirigida al sector privado debe ser conforme a dichos postulados.

De acuerdo al Art. 144 Cn., establece que los tratados internacionales al pasar por su fases de ratificación se incorporan al ordenamiento jurídico salvadoreño y en caso de conflicto con una ley interna prevalecerá el instrumento internacional, en ese sentido si bien contamos con el Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, nuestro país únicamente se ha legislado para prevenir y sancionar la corrupción pública, no así para sancionar adecuadamente la corrupción privada.

En cuanto a la legislación secundaria, nuestro Código Penal Vigente originalmente estaba diseñado para garantizar las disposiciones constitucionales al proteger bienes jurídicos de carácter económico, sin embargo, tal normativa ha sido reformada en el sentido de agravar las penas de los delitos tradicionales, no así en los ilícitos de carácter económico y por el contrario se ha despenalizado conductas como el monopolio y a la fecha no se perfilan acciones encaminadas a tipificar la corrupción en el sector privado. No obstante, la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en cierta medida castiga a los particulares por los delitos previos de corrupción pública, cuando se realiza la acción de ocultar y transformar los capitales incluidos los bienes de la hacienda pública.

En la actualidad hay una incipiente elaboración de jurisprudencias sobre los delitos económicos y de corrupción, muestra de ello es el caso de contaminación ambiental agravada por la sociedad baterías de El Salvador, en la que se mencionaron puntos importantes a destacar como la configuración del tipo y la transmisión de la responsabilidad de la persona jurídica a la persona natural a través del actuar por otro. También está el caso de peculado y lavado de dinero en el que la presidencia del El Salvador del año 2004 al 2009 desvió fondos públicos mediante un proceso de encubrimiento y transformación de capital a terceras personas y esto se realizó a través de un aparato organizado de poder. En el proceso contencioso administrativo tenemos el caso de Molinos de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable (MOLSA) y HARISA, S.A. de C.V., (HARINA) donde las dos empresas más importantes del país concentraban dicha actividad económica en perjuicio de la competencia y de los consumidores, por lo que, fueron sancionados civilmente pero no penal, pues

se despenalizó el delito de monopolio y no se cuenta con el delito de corrupción en el sector privado.

En cuanto a las acciones del Órgano Ejecutivo, el actual presidente de la República de El Salvador, prometió realizar acciones para el combate de la delincuencia económica y si bien desde que inició su mandato, únicamente se han realizado acciones para reaccionar ante la delincuencia común, no obstante el único esfuerzo realizado palpable es el acuerdo suscrito con la Organización de los Estados Americanos para la creación de la Comisión Internacional Contra la Impunidad de El Salvador, pues, dicha institución deberá realizar acciones para crear programas de cumplimiento normativo (compliance) tanto en el sector público como privado. Actualmente la CICIES ha realizado auditorías a instituciones públicas del actual gobierno y ha detectado supuestas irregularidades en el manejo de fondos otorgados para el manejo de la pandemia COVID-19.

En cuanto a la Fiscalía General de la República la mayoría de su trabajo está centrado en los delitos clásicos, en cuanto a los delitos de corrupción si bien se han realizado esfuerzos, todavía son pocos para la expectativa que se espera, por lo que debe mejorar su coordinación en la investigación y la congruencia en todo tipo de investigación teniendo organismos y personal adecuado incorruptible capaces y tener coordinación con organismos internacionales e internos para documentar adecuadamente los casos, para ello, deben tipificar adecuadamente los delitos y no andar dentro del proceso buscando delitos leves para exonerar de responsabilidad a los delincuentes, por otra parte, las negociaciones de la FGR deben ser transparentes y estar autorizados por los entes para poder negociar formas alternativas de soluciones a los conflictos pero buscando el justo reintegro del dinero defraudado.

En cuanto a los abogados defensores, deben ser probos en sus actuaciones, para evitar la litigación temeraria y hacer buen uso del sistema de impugnaciones. Respecto al trabajo de las Organizaciones no gubernamentales, estas han realizado esfuerzos para educar y visibilizar la problemática.

En cuanto al sector privado, la Asociación Nacional de la Empresa Privada ha realizado foros donde han concluido que las acciones para combatir la corrupción debería girar en torno a crear códigos éticos, transparentar la gestión pública sobre todo en las licitaciones de contrataciones, fortalecer a la sociedad civil y promover la rendición de cuentas; por su parte, la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, además, de compartir los postulados anteriores de la ANEP, menciona la necesidad de abrir el debate sobre la conveniencia de sancionar a las personas jurídicas.

Si bien existe la obligación internacional de sancionar conductas de corrupción privada, se debe analizar si es conveniente introducir las modalidades activa y pasiva, además, se debe identificar el bien jurídico a tutelar el cual debería estar en concordancia con los principios de buena fe, proporcionalidad, lesividad y mínima intervención, de ahí que, podría legislarse para proteger la competencia leal, entendida como el correcto funcionamiento del mercado, en cuanto al sujeto activo la doctrina mayoritaria menciona que en la modalidad activa puede ser cualquier persona, pero en la pasiva deber ser limitada y cualificada, la conducta subjetiva es dolo directo, en la doctrina se menciona como único caso de justificación de la antijuridicidad, el estado de necesidad, en la culpabilidad si bien debe ser una persona natural consiente de sus actos, en otras legislaciones se sanciona a la persona jurídica y si bien la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción menciona que se debe legislar en

esta dirección, nuestra legislación contempla la teoría del actuar por otro que perfectamente es aplicable para sancionar a la persona natural y que sus consecuencias recaigan también en el ente jurídico.

En cuanto a las entrevistas de los actores claves, consideran que no hay una clara política criminal contra la corrupción mucho menos en el sector privado, pues, únicamente se denotan acciones de instituciones públicas de forma aisladas y que han sido bloqueadas, además, señalan la necesidad de revisar el ordenamiento jurídico administrativo en especial la Ley de Contrataciones de la Administración Pública, Ley de Ética Gubernamental para fortalecerlas, por otra parte, consideran que los inspectores del Ministerio de Hacienda, agentes Fiscales y Jueces deben ser capacitados para combatir esta clase de delincuencia. En cuanto al rol de los actores, estos deben ser valientes para denunciar esta problemática. Finalmente, la mayoría de encuestados consideran necesario tipificar el delito de corrupción en el sector privado y sancionar a la persona jurídica.

RECOMENDACIONES

Se deben realizar más estudios académicos del fenómeno de la corrupción en el sector privado, con la finalidad de promover el debate nacional sobre las causas y consecuencias de esta actividad delincencial y de esta manera dar una respuesta adecuada, para ello se deben estudiar los alcances y limitaciones de los Art. 12, 21, 22 y 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, pues, al haberse ratificado este instrumento internacional, dichas normas ya están incorporadas en nuestra normativa interna y se deben crear los mecanismo para su ejecución.

Se debe reflexionar sobre las instituciones jurídicas europeas y suramericanas que regulan la corrupción en los negocios, para entender su estructura y de esta manera conocer sus aciertos como sus deficiencias, para poder adecuarlas a nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad que pueda responder eficazmente a la prevención y sanción de los ilícitos que se cometan y de esta manera proteger el ordenamiento económico de nuestro país.

Se deben generar los consensos en entre los distintos actores sociales, para crear una política criminal económica en el sector privado, que reaccione de forma eficaz ante este nuevo fenómeno delincencial que es surgido de la globalización, para ello, dentro de los debates debe desecharse cualquier discurso de populismo punitivo y se debe premiar un análisis racional de las normas tanto administrativas como penales que permitan conocer las fortalezas y debilidades institucionales para hacer los acomodados necesarios y de esta manera regular adecuadamente este fenómeno.

Se deben realizar coordinaciones interinstitucionales y solicitar los apoyos a los Organismo Internacionales para capacitar al personal que estará tanto en el ámbito de vigilancia, investigación y juzgamientos de los casos de corrupción entre los particulares, lo cual permitirá un mayor control de este fenómeno y además se evitaría que las acciones ilícitas quedaran en la impunidad.

Se debe generar la discusión legislativa para incorporar como delito de corrupción privada, tanto en su modalidad activa como pasiva, el cual debe ponderarse bajo los principios de buena fe, proporcionalidad, lesividad y mínima intervención, por ello, el bien jurídico que debería protegerse es la competencia leal, el correcto funcionamiento del mercado y a los

consumidores lo cual permitirá cumplir los postulados constitucionales de salvaguardar el orden económico en función social.

Se debe crear una cultura de respeto institucional, para evitar las prácticas corruptas, en razón de lo anterior se deben generar los mecanismos eficaces de participación y contraloría social, es decir, promover los principios de máxima transparencia en los sectores públicos y privados.

BIBLIOGRAFÍA.

Amuchategui Requema, Irma G. y Villasana Díaz, Ignacio, Diccionario Jurídico temáticos Segunda serie de Derecho Penal, Volumen I, Oxford University Press, México, D.F., 2002.

Arocena, Gustavo, "La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal", Política Criminal, N° 6, Talca, Chile, 2008.

Argandoña, Antonio, "Las Empresas ante la Corrupción", Papeles de Ética, Economía y Dirección, N° 4, Universidad de Navarra, España, 1999.

Argandoña, Antonio y Morel Berendson, Ricardo, "La lucha Contra la Corrupción: Una Perspectiva Empresarial, Cuadernos de la Cátedra "la Caixa" de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo No. 4, Navarra, España, 2009.

Aristóteles, "La Política", Editorial Tor, Buenos Aire, Argentina, 1959.

Arrieta, Javier Doria, "La adopción de buenas prácticas administrativas en los sectores público y privado como estrategia de prevención de actos de corrupción", Revista digital de Derecho Administrativo, No. 21, 2019.

Asociación Nacional de la Empresa Privada, desarrolló el XVI Encuentro Nacional de la Empresa Privada, denominado "El Salvador libre de corrupción. Honestos vs Corruptos", San Salvador, El Salvador, 2016.

Ayala Muñoz, José María, Manual de la Justicia Administrativa, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2003.

Ayala González, Alejandro, "La participación empresarial en crímenes internacionales: una propuesta para ampliar el ámbito subjetivo del estatuto de roma", Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, No.37, Madrid, España, 2018.

Bacigalupo, Silvia, "Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción", Colección Estudios No. 1, editorial Programa Eurososial, Madrid, España, 2013.

Bautista, Oscar Diego, "La ética y la corrupción en la política y la Administración pública", Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, España, 2006.

Barberet, Rosemary, "La Investigación Criminológica y La Política Criminal", Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.^a Época, No. 5, Madrid, España, 2000.

Beccaria, Cesar, Tratado de los delitos y las penas, editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1993.

Becerra Muñoz, José, "La toma de decisiones legislativas penales", Revista Española de Derecho Constitucional, No. 99, Madrid, España, 2013.

Becker, Gary S, en su versión en inglés literalmente menciona: "This essay uses economic analysis to develop optimal public and private policies to combat illegal behavior.", Crime and Punishment: An Economic Approach,

The Journal of Political Economy, Vol. 76, No.2, 1968, Chicago, United States of America.

Bertrand Galindo, Francisco, Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, El Salvador, San Salvador, 1998.

Berenguer Pascual, Sergio, “La Integración Europea en la Lucha Contra La Corrupción Privada en torno a la Cuestión del Interés Jurídico Penalmente Protegido”, Revista de Estudios Europeos N° 71, junio, 2018.

Biblia versión Latinoamérica, 54° edición, editorial Verbo Divino, Madrid, España, 1995.

Bolea Bardon, Carolina, Universidad Pompeu Fabra, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, El delito de Corrupción Privada, Barcelona, España, 2013.

Borja Jiménez, Emiliano, “Estudios Penales y Criminológicos”, vol. XXIX, Galicia, España, 2009.

Borja Jiménez, Emiliano, “Curso de Política Criminal, 2° Edición, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2011.

Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, 26° Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Carbajo Cascón, Fernando, revista Iustiti No. 10, artículo “Corrupción en el sector privado (i) la corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia, 2012.

Castro Orellana, José Rodolfo, “Material didáctico del curso de Introducción a las Ciencias Políticas Orígenes de la política en la antigua Grecia el concepto de política Orígenes: mundo griego antiguo, Revista Derecho No. 2, Época VII, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2010.

Champion, Dean John, “Sentencing A reference Handbook, Editorial ABCOCLIO, Santa Bárbara, Estados Unidos, 2008.

Cerina, Giorgio, revista IUSTITIA, “La Comunidad Internacional y la Lucha Contra la Corrupción en el sector Privado”, Salamanca, España, 2011.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe: “La situación de niños y niñas y adolescentes en el sistema de justicia penal para adultos en los Estados Unidos”, Washington D. C., Estados Unidos. 2018.

Creus, Carlos, Delitos Contra la Administración Pública, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1981.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “La Criminalización de la Corrupción en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?, Madrid, España, 2002.

De la Mata Barranco, Norberto Javier, “La Lucha Contra la Corrupción Policita”, “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, No. 8-01, Universidad de Granada, Granada, España, 2016.

De la Mata Barranco, Norberto J., “El funcionario público ante el derecho penal”, Revista jurídica de Castilla y León, No. 20, Castilla y León, España, 2010.

De Vicente Martínez, Rosario, “Corrupción, funcionario público y medio ambiente”, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2006.

Del Villar Lara, Fernando, Delito Político y su excusa absolutoria, editorial Porrúa, México, DF., 2009.

Díaz Gómez, Andrés, “Líneas político-criminales de la ejecución penal de personas condenadas por delitos de terrorismo”, Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal, Editorial, Ratio Legis, Salamanca España, 2016.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001.

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, volumen I, primera edición, Madrid, España, 2017.

Díez Ripolles, José Luis, La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, artículo corresponde a De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “La Criminalización de la Corrupción

en el Sector Privado: ¿Asignatura Pendiente del Derecho Penal Español?, Madrid, España, 2002.

Díez Ripollés, José Luis, “El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Granada, Granada, España, 2018, Pág. 19.

Díez Ripollés, José Luis, “Política Criminal y Derecho Penal, Editorial Tirant Lo Blanch, 2º Edición, Valencia, España, 2013.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1956.

Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo- Americana, Tomo XV, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1926.

Encinar del Pozo, Miguel Ángel, tesis doctoral “El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid España, 2017.

Faraldo Cabana, Patricia, Estudio Penales y Criminológicos artículo titulado “Hacia un delito de Corrupción en el Sector Privado”, No. 23, Galicia, España, 2002.

Fernández Bautista, Silvia, “El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis Cp): una interpretación restrictiva”, Monográfica Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho, 1º Edición, Editorial, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2017.

Fiscalía General de la República, Política de Persecución Penal, San Salvador, El Salvador, 2017.

Fiscalía General de la República, Plan de Trabajo Institucional, San Salvador, El Salvador, 2019.

Fiscalía General de la República, Memoria de labores 2018-2019, San Salvador, El Salvador, 2019.

Fundación Nacional para el Desarrollo, Memoria de labores 2017, San Salvador, El Salvador, 2017.

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, “Sector privado: agentes de cambio para la transparencia y la lucha contra la corrupción”, Antiguo Cuscatlán, El Salvador, 2019.

Garland, David, “La cultura del control, Crimen y Orden Social en la sociedad contemporánea”, editorial Gedisa, 1º Edición, Barcelona España, 2005.

García Arán, M, “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del código penal español entre los años 2000-2003”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Época 3, No. 1, Madrid, España, 2009.

García Cavero, Percy, “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista de Estudios de la Justicia, No. 16, Santiago, Chile, 2012.

García-Pablos de Molina, Antonio, Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas, 3 edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.

Gil Antón, Ana María, Delitos de corrupción de acuerdo con la reforma del Código Penal, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS) Número 6, Época I, Madrid, España, 2015.

Gil Robles, Roció, "Tratamiento de la Corrupción pública y privada en el marco de los programas de compliance", Actualidad Penal 2019, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2019.

Gil Nobajas, María Soledad, "El delito de corrupción en los negocios (Art. 286 Bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia", Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV, Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, España, 2015.

Gómez- Jara Díez, Carlos, "Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal? icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, N° 74, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 2008.

Gómez Patiño, Dilia Paola, "Corrupción y Colusión: Asuntos del sector empresarial en Colombia", Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, 2014.

Gonzales, Pilar Otero, Corrupción entre particulares (Delito de), Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, Nº 3, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid España, 2013.

González Rodríguez, Marta, “El Derecho Penal desde una Evaluación Crítica”, “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, No. 10-11, Universidad de Granada, Granada, España, 2016.

Gracia Martín, Luis, “Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, España, 2016.

Gracia Martín, Luis, “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 18-05, Universidad de Granada, Granada, España, 2016.

Gracia Martín, Luis, “La Configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho Penal Español: crítica de la regulación vigente y propuesta de reforma”, Civitas revista española de Derecho Financiero No. 58, Madrid, España, 1988.

Gracia Martín Luis, “Las Infracciones de deberes contables y registros tributarios en Derecho Penal”, Editorial Trivium; Madrid, España, 1990, Pág. 72.

Guilherme Marinoni, Luiz, “Control de Constitucionalidad”, 1º Edición, Editorial Cuscatleca, 2014.

Günther Jakobs, “Derecho Penal del Enemigo”, traducido por Manuel Cancio Melia, 1º Edición, editorial Civitas, Madrid, España, 2003.

Gutiérrez Zarza, María Ángeles, “Investigación y enjuiciamiento de los «delitos de cuello blanco» en el sistema judicial norteamericano”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 50, No. 1-3, Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1997.

Guzmán Beltrán, Ingrid Jovana, tesis “Framing aplicado: los encuadres mediáticos durante la campaña electoral presidencial de Colombia 2014”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2015.

Hassemer, Winfried, “Crítica al Derecho Penal de Hoy Norma, interpretación, Procedimiento. Límites de la prisión preventiva”, editorial; Ad-Hoc, 2º edición, 1º reimpresión Buenos Aires, Argentina, 2003.

Hikal Wale, Introducción al Estudio de la criminología y a su metodología, Editorial Porrúa, DF, México, 2009.

Hernández Valiente, Rene, oficio de remisión de anteproyecto de Código Procesal Penal, Ministro de Justicia de El Salvador, 25 de mayo de 1994.

Hernández Valiente, Rene, exposición de motivos del anteproyecto de Código Procesal Penal, Ministro de Justicia de El Salvador, 25 de mayo de 1994, Editorial Jurídica Salvadoreña, Recopilación de Leyes Penales, San Salvador, El Salvador, 2006.

Ibarra Cisneros, Manuel Alejandro, “La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de

trabajo”, Contaduría y Administración, No. 231, Distrito Federal, México, 2010.

Iguñiz Echeverría, Javier María, “Tres conceptos de escasez”, Economía Vol. XXXIII, No. 65, Lima, Perú, 2010.

Irurzun Montoro, Fernando, “Ética y responsabilidad en la Administración Pública”, Revista Documentación Administrativa No. 286-287, Madrid, España, 2010.

Johnston, Michel, “Conflicto histórico y ascenso de las normas”, El resurgimiento global de la democracia, Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, México, 1996.

Kaplan, Robert S. "Accounting Fraud at WorldCom (TN)." Harvard Business School Teaching Note 105-083, June 2005. El caso de LACC número 109-S04 es la versión en español, Pontificia Universidad de Javeriana, Bogotá, Colombia, 2015.

Kelsen, Hans, “Teoría pura del derecho”, Centro Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 2013.

Lamas Leite, André, “«Nueva penología», punitive turn y Derecho Penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre (pos) moderna”, InDret Revista para el Análisis del Derecho, No. 2, Barcelona España, 2013.

Langle, Emilio, “La teoría de la Política Criminal”, 1º Edición, Editorial REUS, Madrid, España, 1927.

Laporta, Francisco J., “La Corrupción Política”, Alianza Editorial, Madrid, España, 1997.

Larrauri Pijoan, Elena ¿Para qué sirve la criminología?, Cuadernos de Derecho Judicial, política criminal, Consejo de poder del poder judicial, Madrid, España, 1999.

López, Jaime, “Normas y políticas internacionales contra la corrupción”, Primera edición, editorial probidad, San Salvador, El Salvador, 2003.

López de Lemos, Ana Isabel Parés, “Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2017.

Lozano, Carlos Blanco, Tratado de Política Criminal, Tomo I: Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito, editorial J. M. BOSCH, Madrid, España, 2007.

Madrid Valerio, Cecilia “Análisis de la tipificación de la corrupción privada en el Perú: ¿Una estrategia global contra la corrupción también debe involucrar a los particulares? ¿Y a las empresas?”, Revista IUS ET VERITAS, No. 5, Lima, Perú, 2019.

Manrique, María Laura, “La ley penal y la autoridad de la dogmática”, Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, No, 31, Marsella, Francia, 2017 Pág. 3. <https://journals.openedition.org/revus/3760>, consultado 20:11 Horas del día 03/4/2020

Mata Tobar, Víctor Hugo, Diccionario Básico de los Derecho Humanos Internacionales, Talleres Gráficos UCA, La libertad, El Salvador, 2008, Pág. 28. Montesquieu, “Del Espíritu de las Leyes”, Madrid, España, 1987.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, Derecho Penal Económico y de la Empresa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2013.

Martínez Medero, David, “Ámbito de aplicación de la euroorden Líneas de Interpretación”, “La orden de detención y entrega europea”, editorial Cuencia, Castilla-La Mancha, España, 2006.

Maquiavelo, Nicolás, El Príncipe, Editorial Porrúa, DF, México, 1998.

Morales Uriostegui, Emma Norma, “Algunas reflexiones sobre política criminal y sus principales Tendencias”, revista Nuevo Derecho, Vol. 5, Nº 6. Antioquia, Colombia, 2010.

Moreno Carrasco, Javier, Código Penal de El Salvador Comentado, Tomo II, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2004.

Muñoz Conde, Francisco, “Introducción al Derecho Penal”, editorial BdeF, 1º Edición, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Muñoz Conde, Francisco, “Teoría General del Delito, editorial Temis, 2º Edición, Bogotá, Colombia, 2001.

Muñoz Colomina, Clara Isabel, “Los Paralelismos del caso Enron y el Parmalat: del escándalo americano al Escandalo europeo, Revista de la

Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresa No. 73, Madrid, España, 2005.

Muñoz Tejada, Julián Andrés, "Populismo punitivo y una "verdad" construida", Nuevo Foro Penal, No. 72, Medellín, Colombia, 2009.

Nieto Martín, Adán, "Derecho Penal Económico", Consejo Nacional de la Judicatura, 1º Edición, San Salvador, El Salvador, 2009.

Nieto Martín, Adán, "¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?", Revista derecho Penal, No. 19, Universidad de Huelva, Huelva, España, 2007.

Nieto Martín, Adán, "Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental", Derecho Penal y Criminología, Año VI, N° 07, Bogotá, Colombia, 2016.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Ética anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual Para las Empresas", Viena, Austria, 2013.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción", Nueva York, Estados Unidos, 2010.

Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito División Para Asuntos De Tratados, "Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", 2º edición revisada, Viena, Austria, 2012.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo “Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber”, Economía industrial, No. 398, Madrid, España, 2015.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Análisis Económico del Derecho y Política Criminal, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, No. extraordinario 2, Madrid, España, 2004.

Paredes Castañón, José Manuel, “Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal”, Revista Penal México, No. 7, Distrito Federal, México, 2015.

Petras James, Neoliberalismo en América Latina, editorial Homo Sapiens, Rosario, Argentina, 1997.

Pérez Teodoro, “La Ética En La Administración Pública: Distinciones Necesarias”, Ética Judicial, en las Actuaciones Judiciales, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, El Salvador, 2014.

Pérez Nieto, Luiz, “Prensa, Política Criminal y Opinión Pública: el Populismo en España”, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 2010.

Peñalva Acedo, Fernando, “Por qué ha caído Enron y por qué va a desaparecer Andersen EE.UU.”, Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresa, No. 59, Madrid, España, 2002.

Polaino-Orts, Miguel, “Orígenes de la política criminal y abolicionismo (apropósito del Márquez de Beccaria)”; revista Política Criminal y Dogmática Penal, 1º edición, Editorial ARA, Lima, Perú, 2013.

Rando Casermeiro, Pablo, "La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual Aspectos globales y nacionales", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No.17-03, Universidad de Granada, Granada, España, 2015.

Ribas Júnior, Salomão Antonio, tesis doctoral "Corrupción Pública y Privada Cuatro Aspectos: Ética en el Servidor Público, Contratos Financiación Electoral y Control, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, 2013.

Rivera Beiras, Iñaki, "Política Criminal y Sistema Penal, 1º Edición, Editorial Anthropos, Barcelona, España, 2005.

Rodríguez Arroyo, Antonio María, "El fraude contable de Parmalat", Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales No. 63, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España, 2004.

Rosental. M.M, "Diccionario Filosófico", Primera Edición, Editorial Tecolut, San Salvador, El Salvador, 1971.

Rousseau, Juan Jacobo, "El Contrato Social", Cuarta Edición, Editorial Porrúa, Distrito federal, México, 1975.

Rousseau, Jean-Jacobo, "Emilio o de la Educación", 10º edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1989.

Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General Tomo I", Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2º edición, 1º Edición Civitas, Madrid, España, 1997.

Roxin, Claus, "La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal, 1º Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000.

Ruas, Juan Carlos (Junior), "Estado penal y ministerio público en Argentina: hacia un análisis normativo y cultural del fenómeno punitivo (y cómo debería solucionarse)", Revista Crítica Penal y Poder, No. 17, Barcelona, España 2019.

Sánchez Bernal, Javier, Revista Cuaderno del Tomas No. 2, "La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal", Salamanca, España, 2010.

Sánchez, Demelsa Benito, revista IUSTITS "Soborno transnacional. Su tratamiento en el derecho penal español", Salamanca, España, 2014.

Sanjosé, Rafael Juan Juan, "La nueva configuración de delito de administración desleal y su concurso con figuras afines", Primera edición, editorial Bosch, Madrid, España, 2016.

Santana Vega, Dulce M. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, "El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (bribery act 2010), España, 2015.

Sanz Mulas, Nieves, "Política criminal", Instituto de Estudio e Investigación Judicial, Managua, Nicaragua, 2019.

Silva Sánchez, Jesús María, “La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”, 2º edición, Madrid, España, 2001.

Tamarit Sumalla, Josep M. “La política criminal como disciplina empírica y valorativa”, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, España, 2016.

Transparency & Anti-Corruption, Documento Guía implementación de 10 principios contra la corrupción, Buenos Aires, Argentina, 2004.

Tito-Añamuro, John Alberto, “Corrupción Privada: Un Estudio de la Ausencia de Reglas de Derecho Privado, Desde El Caso Interbolsa”, Universitas, No. 131, Bogotá, Colombia, 2015.

Torré, Abelardo “Introducción al derecho, editorial Abeledo Perrot, 14º edición, Buenos Aires Argentina, 2003.

Torres Ortega, Ilse Carolina, “La justificación del castigo en la filosofía del Derecho contemporáneo”, Universidad de Alicante, Alicante España, 2017.

Vega Lozada, Fredrick, “Hostigamiento sexual virtual: perspectivas del ordenamiento jurídico de Estados Unidos de Norteamérica”, Revista Forum Empresarial, Vol. 7, NO.1, San Juan, Puerto Rico, 2002.

Vélez- Rodríguez, Luis A. “Política Criminal y Justicia Constitucional, editorial Tirant Lo Blanch, 1º Edición, Valencia, España, 2016.

Vera Vega, Jaime, “Algunas notas sobre el programa político-criminal de la constitución a la luz de los nuevos modelos político-criminales”, Revista de Derechos N° 8, Valparaíso, Chile, 2012.

Villoria Mendieta, Manuel, “La Corrupción Política”, Editorial Síntesis, Madrid, España, 2006.

Villoria, Manuel, “Corrupción Pública”, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 5, septiembre 2013 – febrero 2014, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España.

Zaffaroni, Raúl Eugenio, Derecho Penal parte general, editorial Ediar, “ 2° Edición, Buenos Aires, Argentina, 1979.

Zaffaroni, Raúl Eugenio, Criminología aproximación desde un margen, 2° reimpresión, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1998.

Zipf Heinz, “Introducción a la Política Criminal, 1° Edición, Editorial EDERSA, Madrid, España, 1979.

Zúñiga Rodríguez, Laura, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal peruano de 2009”, Anuario de Derecho Penal, No. 2009, La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú, Lima, Perú, 2015.

Legislación

Constitución de la República de El Salvador

Código Penal de El Salvador

Código Procesal Penal de El Salvador (Derogado).

Código Procesal Penal de El Salvador (Vigente).

Ley del Medio Ambiente.

Código de Comercio

Ley de Ética Gubernamental

Código Tributario,

Ley de Soborno de 2010 (Bribery Act 2010)

Ley contra la competencia desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 1909,

Acción Común del Consejo de la Unión Europea

Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo Europeo,

Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de Estados Americanos

Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica, Sistema de la Integración Centroamericana.

Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, adoptada en Maputo, el 11 de julio de 2003,

Convección de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, Organización de las Naciones Unidas, suscrita por El Salvador el día 27 de marzo de 2004

Resoluciones judiciales

Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 2-92 de fecha 26 de julio de 1999.

Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 24-97 de fecha 26 de octubre de 2000.

Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 52-2003/56-2003/57-2003 de fecha 01 de abril del 2004.

Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de amparo Ref. Inc. 206-2012, de fecha 24 de octubre del 2014.

Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 6-2016, de fecha 11 de enero del 2016.

Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de inconstitucionalidad Ref. Inc. 6-2016AC, de fecha 09 de febrero del 2018.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sentencia de amparo Ref. Inc. 334-2008, de fecha 23 de mayo del 2017.

Sala de lo Penal, Corte Suprema de Justicia, Ref. 22-CAS-2015, sentencia del 31 de octubre de 2016.

Direcciones electrónicas

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1387815s.pdf>, consultado a las 8:30 horas del día 8/04/2020.

<https://undocs.org/es/A/RES/50/106>, consultado, a las 21:16 horas del día 10/03/2020.

<https://undocs.org/es/A/RES/51/191>, consultado, a las 21:22 horas del día 10/03/2020.

https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5561s.pdf, consultado, a las 20:58 horas del día 12/03/2020.

https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res55188s.pdf, consultado, a las 21:10 horas del día 12/03/2020.

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e924646a-a992-40d3-ba8b-03bddcdc7149/language-es>, consultado a las 20:28 Horas, del día 22/03/2020.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135 consultado, 16:00 del día 23/03/2020.

<http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/index.xhtml;jsessionid=249ca76ad374d799907d911324a0>, Diario Oficial de Colombia, No. 48.128, del día 12 julio de 2011.

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/63488/20111228?busqueda=1>, Ley No. 26. 733, publicado en Boletín Oficial de Argentina de fecha 28/11/2011 y modificado por Decreto No. 169/2012, Boletín Oficial de fecha 06/02/2012.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/192144/DL_1385.pdf, Decreto Legislativo No. 1385, publicado Diario Oficial de Perú, el día 4 de septiembre de 2018.

<https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2018/11/20/42209/01/1497488.pdf>.

https://www.plancuscatlan.com/documentos/plancuscatlan_modernizacion_d_el_estado.pdf, consultado el 17/04/2020, a las 20:46 horas, Plan Cuscatlán, “Modernización del Estado, San Salvador, El Salvador, 2019.

https://www.plancuscatlan.com/documentos/plancuscatlan_seguridad.pdf, consultado el 17/04/2020, a las 21:03 horas, Plan Cuscatlán, “Seguridad Pública”, San Salvador, El Salvador, 2019.

<http://www.oas.org/documents/spa/press/carta-de-intencion-el-salvador-CICIES.pdf>, Carta de Intención entre la secretaria general de la Organización de los Estados Americanos y el Gobierno de la República de El Salvador para el establecimiento de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en El Salvador, San Salvador, 6 de septiembre de 2019.

<http://www.oas.org/fpdb/press/Acuerdo-CICIES-11.26.19.pdf>, Acuerdo Marco entre el Gobierno de la República de El Salvador y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos para El Establecimiento de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en El Salvador, Washington, D.C., Estados Unidos, 26 de noviembre de 2019.

<https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, No. 77, Sec. I, Pág. 27061, de fecha 31 de marzo de 2015.

ANEXOS



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

UNIDAD DE POSGRADOS

MAESTRÍA DE DERECHOS PENAL ECONÓMICO



Entrevista dirigida a los actores claves

Nombre del entrevistado:	
Segmento poblacional:	
Número de entrevista:	Fecha de entrevista:
Hora:	
Objetivo: Analizar las opiniones de diferentes actores sociales, sobre la política criminal respecto al fenómeno de la Corrupción en el Sector Privado de El Salvador.	
<ol style="list-style-type: none">1. ¿Cuál es el estado actual de la política criminal sobre la corrupción en el sector público y privado de El Salvador?2. ¿Cuáles deberían ser los contenidos esenciales de una política criminal relativa a la corrupción en el sector privado salvadoreño?3. ¿Qué rol deben ejercer los diferentes actores sociales ante una política criminal contra los delitos de corrupción en el sector privado en El Salvador?4. ¿Considera necesario tipificar el delito de corrupción del sector privado y sancionar a las personas jurídicas en El Salvador, tal como se establece en los Arts. 12, 21, 22 y 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción?	

DELITOS RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y PARTICULARES

funcionario		Precio voluntario personal	Precio voluntario persona(en Hacienda Pública)	Precio Forzado personal	Precio voluntario forzado administrativo	Beneficio directo persona	Sin beneficio	particular
	antecedente	330*	-----	327	329	332.2	332.1	335.1*
Acto indebido		331**	-----	327	329	-----	-----	335.2**
	subsiguiente							
		330** Pena más leve	328.2***	327	329	328.1****	-----	328.2***
	antecedente							
Acto debido		331**	-----	327	329	-----	-----	328.1****
	Subsiguiente							
		-----	-----	327	329	325****	333/326*****	Del Particular
Sin vinculación								
		Alguien entrega el dinero al funcionario				Directamente lo hace el funcionario (delito Individual)		

(*) Los asteriscos son las relaciones que tiene el delito del funcionario público con el particular.