

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**



**CRITERIOS ÚTILES DE LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PARA LA  
PREVENCIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIONES ILÍCITAS EN LA  
LICITACIÓN PÚBLICA: CON ÉNFASIS EN LA MUNICIPALIDAD**

**CURSO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL ECONÓMICO.  
(CICLO II-2020)**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:  
OSCAR DANIEL CAÑAS CASTELLÓN**

**DOCENTE ASESORA:  
LICDA. LILI VERÓNICA GARCÍA ERAZO.**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2021.**

# CRITERIOS ÚTILES DE LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIONES ILÍCITAS EN LA LICITACIÓN PÚBLICA: CON ÉNFASIS EN LA MUNICIPALIDAD

INTRODUCCIÓN	1
Nociones Iniciales	2
De la situación actual: Preocupante crecimiento de la corrupción en el seno de la administración.	2
En El Salvador.	3
De los delitos de corrupción: Con énfasis en las negociaciones ilícitas.	3
¿Por qué se habla de corrupción?	3
Del concepto técnico de delitos de corrupción.	4
Sobre los pormenores indispensables del delito de negociaciones ilícitas.	4
De la figuración de su concepto.	5
De los elementos necesarios para que se configure la negociación ilícita: Enfoque en la regulación penal de El Salvador.	5
Del marco particular de las negociaciones ilícitas: La licitación pública-municipal como escenario de la negociación ilícita.	9
Perfilación de la licitación pública.	9
De las bases normativas de la licitación: Breve revisión a las disposiciones de LACAP.	9
La función de las teorías de la criminología “medios científicos para prevenir delitos”.	10
Los criterios útiles de la teoría de la oportunidad: con miras a prevenir el delito de negociaciones ilícitas.	11
Identificación de la teoría.	11
Primer criterio: la licitación como una actividad de rutina.	13
Segundo criterio del espacio y tiempo: la licitación pública municipal.	14
Tercer criterio: El negociante ilícito en el espacio y tiempo.	16
A MODO DE COLEGIR	18
BIBLIOGRAFÍA	19

# **CRITERIOS ÚTILES DE LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE NEGOCIACIONES ILÍCITAS EN LA LICITACIÓN PÚBLICA: CON ÉNFASIS EN LA MUNICIPALIDAD**

## **RESUMEN**

El enunciado ensayo tiene por contenido la exposición, con pretensión de ser pormenorizada, de criterios útiles de la *teoría de la oportunidad*, con miras a la prevención del delito de negociaciones ilícitas, cuya base es el desarrollo de los conceptos esenciales relativos al marco fáctico y temporal de la licitación pública municipal; para demostrar que la comisión de esta clase de delitos no corresponde a factores personales o económicos, como comúnmente se sugiere, sino a un orden situacional, representado a través de actividades de rutina, lícitas y concurrentes, que auspician el marco ideal para negociar ilícitamente.

## **INTRODUCCIÓN**

El trabajo observado representa la intención de exponer a la teoría de la oportunidad como una herramienta útil para la prevención del delito de negociaciones ilícitas; para ello tomaré como presupuesto base la licitación pública municipal, considerando que esta es la expresión más frecuente de este delito.

Con motivo de ello la exposición de sus bases estará representada, inicialmente, por la contextualización material al respecto. Siendo que los delitos relativos a la corrupción son de *proliferación actual*, es que expondré, en términos generales, este punto y sus consecuencias. Así también, el presente ha de desarrollar aquellas nociones básicas antecedentes, necesarias para comprender al delito, su espacio y tiempo; de esta forma, el ensayo desarrolla dos apartados conceptuales necesarios, el uno relativo a las negociaciones ilícitas (desde un punto de vista teórico y abstracto) y el otro relativo a la licitación municipal.

A modo de culminar, con método, este ensayo ha de presentar una serie de criterios útiles para la prevención del delito de negociaciones ilícitas, que serán extraídos y acondicionados de la teoría de las actividades rutinarias; dichos criterios tendrán su base en el enfoque

situacional del delito, apreciando sus consideraciones espaciales, temporales y determinativas; siendo su máxima: *la situación hace al delincuente*.

Este ensayo es una *pretensión*, su fin será incidir en la transformación de la realidad político criminal y popular de nuestro medio. Con miras a proporcionar un insumo producto de una investigación, que revele la necesidad crítica de mejorar los sistemas de control y vigilancia en las licitaciones público-municipal, y con ello lograr (directamente) la eficaz independencia e imparcialidad de la municipalidad, y (indirectamente) asegurar la competencia comercial.

## **Nociones Iniciales**

### **De la situación actual: Preocupante crecimiento de la corrupción en el seno de la administración.**

La proliferación de la comisión de delitos de corrupción, pareciera, es mayor en nuestra época. Los presupuestos dinerarios destinados a la confección de obras, ejecución de proyectos o prestación de servicios para los *administrados*, comúnmente son socavados por actividades ilícitas ejecutadas por los directores o empleados de las instituciones públicas obligadas. Esta práctica se ha vuelto común, y se aprecia que sus responsables calculan detenidamente las consecuencias de sus desviaciones, tomando en cuenta incluso aspectos sancionatorios, procesales y hasta penales.

Ha esta calculabilidad legal y corrupción administrativa responde, entre otros, el derecho penal<sup>1</sup> como derecho complejo, tanto desde su perspectiva normativa (en nuestro medio con el Código Penal), así como desde su desarrollo informativo (con los aportes de los autores más autorizados). Aun con ello, es *notorio* que el esfuerzo tal ha sido relativamente vano, pues en la actualidad y en los países de América Latina, los delitos de corrupción han sido una constante peligrosa, siendo su efecto material-directo el corto o ineficiente, en ocasiones inexistente, acceso por los administrados a un mejor nivel de vida en muchos conceptos (infraestructura, servicios básicos, salud ambiental, etc.); dicho detrimento en favor del beneficio económico *rotundo y exponencial* de funcionarios de la administración, empleados de tal y empresarios libres de algún escrúpulo o consideración social.

---

<sup>1</sup> Aun cuando algunos pretenden que sea el derecho administrativo sancionador el aplicado para desatar este tipo de conductas desviadas. Cfr. Carlos J. Lascano, *Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico* (Argentina, Centro de Investigación Internacional en Derecho Penal Económico, 2008).

## **En El Salvador.**

Nuestro medio frecuentemente ha sido el escenario para la comisión de esta clase de delitos referidos a la corrupción; casos como *corruptela*, *saqueo público*, *Rais- Martínez*, son (al menos formalmente) representaciones de la corrupción a niveles superiores, por cuantías inexplicables y, marcadamente, con la intervención de funcionarios públicos con atribuciones esenciales de acuerdo a la configuración constitucional de nuestro Estado; siendo en extremo peligroso y perjudicial en relación al desarrollo de nuestro lugar, sin que sea tan percibido.

Se trata de un germen nocivo, que condena a los países anfitriones a olvidarse: del desarrollo económico general, de la mejora sustancial en los sistemas de educación básica, media y en especial la *superior*<sup>2</sup>, así como del desarrollo local, todos los cuales deberían apuntar a emular las vías de éxito de países regionales, vías de difícil construcción siendo que su particular presupuesto es *detraído* significativamente por los principales obligados a conservarlo y administrarlo bien.

Ahora, cabe apuntar que hay una modalidad de corrupción particularmente nociva al desarrollo económico local, cuya proliferación ha sido, seguramente, un motivo crítico para la bajísima evolución económica de nuestro país (de la cual el mayor protagonismo lo tiene el trabajo de los ciudadanos), esta se trata de las *negociaciones ilícitas*, un delito dañoso materialmente a la economía y a la competencia comercial, sobre el cual en general y luego en particular, a punto lo subsecuente.

### **De los delitos de corrupción: Con énfasis en las *negociaciones ilícitas*.**

#### **¿Por qué se habla de corrupción?**

Resulta que el término *corrupción* se ha vuelto, por un efecto puramente mediático, de uso común y corriente, aunque realmente tiene un significado técnico. Aun con ello, solo se trata de una apreciación superficial del concepto, por lo cual cabe preguntarnos ¿por qué califican a tales o cuales actos el ser de *corrupción*?

---

<sup>2</sup> El presupuesto institucional otorgado en la actualidad a la Universidad de El Salvador es de 102.9 millones de dólares de los Estados Unidos de América, del cual en mayoría se destina en pagos para planillas salariales de empleados de la institución, siendo considerablemente menor la cuantía otorgada a proyectos de capacitación profesional a nivel nacional, regional o internacional para *estudiantes* de tal universidad, y este último es *mucho* menor que las cuotas denunciadas y condenadas en concepto de delitos de corrupción. Hay que recordar que la formación universitaria académica-nominal es presupuestaria, mientras que la complementaria es *necesaria*.

A mi parecer, con corrupción se hace referencia *al estado actual de una gestión en particular*, que se produce cuando en relación a esa gestión se han efectuado actos ilícitos desviados del fin esencial o eventual de la misma; esta definición presupone necesariamente que antes de la ejecución de estos actos la gestión era *limpia, pura y plena*. Por eso mismo se califican de estar en estado de corrupción, y es que un acto malicioso logró viciar la rectitud de la gestión (cuyo motivo es el ejercicio obligatorio de alguna función) ordenada por la Ley o Reglamento.

### **Del concepto técnico de delitos de corrupción.**

La corrupción como acto es definida como el fenómeno según el cual un *funcionario público* es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa.<sup>3</sup> También, como el mal uso del *poder* encomendado para obtener beneficios particulares,<sup>4</sup> así como aquel comportamiento desviado asociado con una motivación particular, que es el *beneficio privado* a costa del público.<sup>5</sup>

Fijamos aquí que dentro de los elementos básicos de estos delitos se destaca su sujeto activo, que en general se refiere al *funcionario público*; la calidad del sujeto activo del disvalor es esencial para lograr la eficaz subsunción al caso. También que la conducta desviada debe tener un marcado componente: el *interés económico*; valdrá la pena preguntarse si según las reglas generales aplicables a esta clase de delitos (los de corrupción) se admite en sus supuestos el elemento amplificador del tipo: *tentativa*, o si solo será efectivo el delito si se produce el beneficio económico, es decir se actualiza.

### **Sobre los pormenores indispensables del delito de *negociaciones ilícitas*.**

Sobre este tipo en particular hay todo un estudio por realizar. En cambio, este ensayo ha de apuntar sus bases con referencia puntual.

---

<sup>3</sup> Rowland Michel, *La hora de la transparencia en América Latina. El manual de anticorrupción en la función pública*. (Argentina, Granica/Ciedla, 1998).

<sup>4</sup> Oficina Anticorrupción, *Transparencia y lucha contra la corrupción en la administración pública: manual para el ejercicio de la función pública* (Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Ética 2009) 19.

<sup>5</sup> *Ibíd.* 20.

### **De la figuración de su concepto.**

Las negociaciones ilícitas, también denominadas negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas<sup>6</sup> o simplemente prohibidas<sup>7</sup>, son un tipo de delito de corrupción que tiene por elemento común el aprovechamiento de la función pública para el beneficio privado,<sup>8</sup> con la nota distintiva de que este provecho tiene lugar en la ejecución de un procedimiento administrativo en donde la administración pública resultará eventualmente obligada, en virtud de las atribuciones que determina una Ley o reglamento.

Recordemos, en el caso de la administración pública la contratación de bienes y servicios no es inmediata, sino que con el fin de lograr un mínimo de transparencia “*acceptable*”, así como una teórica concurrencia del sector empresarial (con supuesta consigna a la *competencia comercial*), en la mayoría de ordenamientos administrativos sobre la materia (entre ellos los de El Salvador) se ordena la ejecución de un procedimiento administrativo denominado *licitación pública* o alguno similares, para otorgar la titularidad del proyecto, obra o suministro de bienes, a un particular-comerciante, esto como resultado de un concurso donde *debería de ganar el mejor oferente*.

Pero, quien negocia ilícitamente *desconoce* las bases ideales de estos procedimientos y sus fines mediatos; Pactan de hecho condiciones ideales que permitan lograr la adjudicación del contrato a un tercero, aun cuando ni siquiera ha terminado el procedimiento que lo promueve, y en ocasiones, cuando ni siquiera ha comenzado; ello a cambio de recibir una recompensa pecuniaria, en la mayoría de los casos *rotunda y determinante*, que normalmente consiste en una porción misma del pago por el contrato adjudicado.

### **De los elementos necesarios para que se configure la negociación ilícita: Enfoque en la regulación penal de El Salvador.**

*Básicamente, según nos compete:*

Código Penal, Art. 328.2. El *funcionario o empleado público*, que por razón de su cargo, interviniere en cualquier contrato, suministro, *licitación* o subasta en que estuviere interesada

---

<sup>6</sup> Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la administración pública* (Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2002) 311 ss.

<sup>7</sup> Manuel Alberto Leyva Estupiñán, ET.AL, *Revista Penal y Criminología: Las negociaciones ilícitas como delito funcional. Valoraciones dogmáticas y análisis comparado* (Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2018) 133 ss.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, 140.

la Hacienda Pública y *acceptare comisiones* o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años...<sup>9</sup>

Para realizar un breve análisis de este artículo, respecto de sus elementos necesarios para configurar delito, tomaremos un modelo básico, siendo sus parámetros algunos conceptos base de la teoría general del delito. Por ahora, cabe destacar que el artículo está dividido en tres incisos:

- Siendo el primero el caso en que el funcionario o empleado público fuerce o facilite *su propia* participación directa o por interpósita persona en el *negocio*.
- El segundo referido al caso en que el funcionario público o empleado tal *beneficie* a un particular en el marco de un procedimiento cuyo objeto sea un futuro negocio de la administración, a cambio de una *recompensa* (popularmente se habla de un *porcentaje* de la cuota total sobre el negocio).
- Por último, se agregan a la lista de sujetos activos del tipo otros sujetos según su calidad profesional o desempeño obligatorio como administrador; criticable desde donde se le vea.

En particular hemos de abordar el presupuesto del inciso segundo, el cual entendemos es la máxima representación de las negociaciones ilícitas, sin perjuicio de que las consideraciones sobre tal sean aplicables al inciso primero. Los conceptos base que vamos a utilizar son: sujeto activo, conducta típica y tipo subjetivo.

En cuanto al *sujeto activo* del delito en comento, según la esencia del artículo y su ubicación en el Código Penal (Título XVI Delitos relativos a la administración pública, Capítulo II de la corrupción) esencialmente se trata de funcionarios o empleados públicos, considerándose como Funcionario Público<sup>10</sup> a la persona natural que presta temporal o permanentemente servicios dentro de la administración pública, *con facultad para tomar decisiones dentro de las atribuciones de su cargo*. Y al empleado público como la persona natural que presta temporal o permanentemente servicios dentro de la administración pública y *que actúa por*

---

<sup>9</sup> Código Penal (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1997) 328.2.

<sup>10</sup> Así, la Convención Interamericana Contra la Corrupción, parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) define en su art. 1 a los funcionarios públicos como: cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

*orden o delegación del funcionario o superior jerárquico*, dentro de las facultades establecidas en su cargo.<sup>11</sup>

Su calidad como miembros de la administración pública vuelve al tipo de las negociaciones ilícitas uno de carácter especial.<sup>12</sup> Ahora, hemos de criticar de acuerdo al alcance de este ensayo, el inciso final de este artículo comentado, en el sentido que la inclusión de profesionales y administradores de bienes como posibles sujetos activos de este delito parece *impropio*. Esto debido a que el bien jurídico que pretende tutelar este delito, como veremos, es en esencia el funcionamiento de la administración y su imparcialidad<sup>13</sup>, refiriéndose a la administración pública; esto se refuerza aún más cuando confrontamos esta integración del inciso final con la interpretación sistemática del Código en atención a la ubicación del artículo.

La administración de la que trata los *desempeños* mencionados en el inciso último del artículo comentado, sea en concepto de ejercicio profesional o por resolución judicial, no resultan equiparables a la propiamente pública, al ser notoriamente de carácter y en beneficio particular-singular de un sujeto o grupo de personas, en otras palabras, es impropia dicha integración porque estos sujetos realizan actos de administración particular y de realizar una conducta desviada en razón de su calidad y con provecho de ella, es que no dañan el bien jurídico citado, más de carácter oficial, sino uno particular y común<sup>14</sup>.

En síntesis, el elemento subjetivo del tipo requiere que se trate de un funcionario o empleado público que por razón de su cargo realice la conducta descrita. Eso implica, que, si un sujeto realiza la conducta descrita en el artículo 328 del Código y no tiene el carácter de funcionario o empleado de la administración, nominalmente, no podría configurarse la negociación ilícita; así como en el caso que, si sea funcionario público o empleado tal, pero no *deba* intervenir en el procedimiento. Este es el caso de un funcionario o empleado ajeno a la gestión pero que con sus acciones u omisiones pudiera llegar a incidir en los resultados de esta; no estaremos en presencia de negociaciones prohibidas, sino de otro delito.

---

<sup>11</sup> Ley de Ética Gubernamental (Asamblea Legislativa, El Salvador, 2011) art.3 Letra B y C.

<sup>12</sup> Alberto Donna, *Delitos contra la administración*. 325.

<sup>13</sup> Leyva Estupiñán, *Revista Penal y Criminología*, 140.

<sup>14</sup> Ante ello es necesario reflexionar sobre la posibilidad de inaplicar este inciso final de acuerdo a la orden genérica del art. 2 in 1 del CPCM.

En cuanto a la *conducta típica* se resume en aceptar o condicionar alguna recompensa en concepto de dádiva o comisión; en cuanto al segundo concepto es algo claro, pues se tratará de un aspecto esencialmente pecuniario, pero sería necesario abordar la amplitud del primero referido a “*dádivas*”, es decir si se ha de referir a bienes, algún servicio, favores personales, etc., ya que el término resulta ambiguo en relación a lo que en la práctica se manifiesta.

Ampliando, en el caso del inciso segundo del artículo en comento, la conducta se trata o bien de *aceptar* una recompensa ofrecida por un tercero, para favorecerlo en un procedimiento administrativo en que va a resultar empresarial, comercial y económicamente beneficiado, o bien de *condicionarla*, es decir, de *solicitarla* y fijar los rasgos de su cumplimiento, como cantidad del monto, detalles sobre el depósito, clase de divisas o de bienes. Esta conducta implica una falta grave al deber de imparcialidad<sup>15</sup> de los funcionarios y empleados públicos. Por último, el *tipo subjetivo* del delito en el caso se manifiesta con la concurrencia del ánimo de lucro y la actuación del dolo directo.<sup>16</sup> Esto se explica debido a que, para que se configure las negociaciones prohibidas, es necesario o que se acepte una recompensa o que se solicite; esta *acción* es la manifestación concreta de la intención de obtener un beneficio a cambio de realizar una actividad ilícita plenamente conocida, no solo porque ya el art. 86 inc. 3 de la Constitución dispone que los funcionarios públicos pueden efectuar sólo aquello que les es permitido, sino porque este es conocedor de las exigencias procedimentales-legales que deben ser de imperativo cumplimiento; por ello es claro que el tipo subjetivo en el delito de negociaciones ilícitas es el dolo.

Y es así como llegamos al punto en que tenemos mínimamente perfilada a la negociación ilícita como delito de corrupción. A los efectos de este ensayo, me he de referir a la licitación pública y más específicamente a aquella presidida por las municipalidades; lo considero ideal para exponer al delito.

---

<sup>15</sup> Cámara segunda de lo penal de la primera sección del centro (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019) Ref. 114-2019. 13 y 17.

<sup>16</sup> Francisco Moreno Carrasco, Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador comentado, tomo II* (San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, 2004).

## **Del marco particular de las negociaciones ilícitas: La licitación pública-municipal como escenario de la negociación ilícita.**

### **Perfilación de la licitación pública.**

Antes expuse el motivo sobre la elección de la licitación municipal para exponer a las negociaciones ilícitas, y es que en nuestro lugar ha sido concurrente la acusación oficial por este tipo de delitos de corrupción y su eventual condena, siendo su marco espacial la licitación como tal. Así también, considero importante perfilar mínimamente a la licitación, ya que su apreciación permitirá entender la función ideal de los criterios de la teoría de la oportunidad para lograr una barrera de prevención delictual.

Inicialmente debemos entender el género de la licitación, el cual es el procedimiento administrativo. Este último es considerado como aquel que está integrado por una serie de actos de trámite que conducen al acto final o definitivo con el que se contiene la voluntad de la administración.<sup>17</sup> Se trata de un conjunto de actos interdependientes y formales, ejecutados por los sujetos de la administración, en representación de ella, con el fin de eventualmente pronunciar una declaración, en relación con la solicitud de un administrador o particular.

Particularmente la licitación es el procedimiento por cuyo medio se promueve competencia, invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en proporcionar obras, bienes, servicios, que no fueren los de consultoría.<sup>18</sup> Es un procedimiento administrativo cuyo objeto es preparar las bases, mediante una competencia pública por oposición, para una eventual contratación de bienes y servicios por la administración pública.

### **De las bases normativas de la licitación: Breve revisión a las disposiciones de LACAP.**

Para determinar qué esquema deberán seguir las licitaciones públicas, se debe tener en cuenta que hay una norma reguladora y un ente contralor. La norma viene representada por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (En adelante LACAP), mientras que sus garantizadores son la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones

---

<sup>17</sup> Marcos Vaquer Caballería, *Estudios sobre el procedimiento administrativo, Instituciones III* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020) 56.

<sup>18</sup> Ley de Contrataciones y Adquisiciones de la Administración Pública (Asamblea Legislativa, El Salvador, 2000) art. 59. Aprovecho la referencia para aclarar que, cuando el legislador excluye de la licitación a “*los servicios de consultoría*”, lo hace con motivo de evitar confusiones, ya que, para contratar servicios de consultoría profesional, las administraciones públicas deberán promover un *concurso público* (Art. 60 LACAP).

de la Administración Pública (UNAC) y la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (que citaré como UACI); la una centralizada (aunque operativamente no lo sea) y la otra descentralizada, respecto del Ministerio de Hacienda.

Es así como toda licitación pública está sujeta a la LACAP desde su entrada en vigencia al inicio de los años dos mil, ya que su ámbito de aplicación subsume estos supuestos en los artículos 2 y 3. Así en su título IV, Capítulo II, regula a esta especie de procedimiento administrativo, a partir del art. 59, fijando el modo de proceder según sus supuestos. La regulación genérica aplicable a la licitación pública viene dada desde el art. 42 al 58.

En rasgos muy amplios destacó que la licitación inicia siempre con la formulación de unas *bases* que determinan los parámetros y requisitos de la futura contratación; se trata en realidad de una especie de prospecto requerido por la municipalidad para lograr la adjudicación del contrato. Elaboradas las bases, será necesario dar publicidad con una convocatoria pública al sector empresarial (art. 47) a través de *medios de prensa* o de *cualquier medio tecnológico*, siempre que el mismo ofrezca la posibilidad alta de ser visionado por el sector comercial pertinente.

Luego de la convocatoria pública, los interesados, futuros oferentes, deberán adquirir las bases del proyecto, como manifestación indirecta de su interés de participar en la licitación, luego procede la presentación de la oferta, para en posteriores realizar la revelación de las mismas *públicamente* (arts. 49 y 53 respectivamente). Para finalizar, las ofertas tendrán que ser evaluadas conforme a las bases de la licitación, para conforme a ello emitir una resolución declarando la adjudicación de la licitación (art. 56 y 57), la cual deberá ser notificada a todos los participantes y publicada en medios que ofrezcan una publicidad suficiente.

### **La función de las teorías de la criminología “medios científicos para prevenir delitos”.**

Antes que nada, aclaro: la postura de este ensayo no es la de hacer *criminología*, tampoco ahondar en sus bases conceptuales, sino la de expresar, en adelante, el valor y utilidad de una de las teorías de esta ciencia para la prevención del delito de negociaciones ilícitas en el marco de la licitación pública municipal, así como enunciar sus ideas esenciales, exponiendo, los que considero, son criterios útiles para la tarea a la mano.

Así, las teorías de la criminología son aquellas que se refieren (o deberían) a encontrar los factores y causas del delito, que ayuden a predecir, prevenir y controlar la delincuencia.<sup>19</sup> Los productos de la delincuencia serán marcados por el *derecho penal* en sus distintos conceptos, mientras que su predicción, caracterización y análisis corresponden a la ciencia apuntada inicialmente.

El fin esencial de la criminología es reducir la delincuencia,<sup>20</sup> siendo una de sus exigencias plantearse particularmente, por sus desarrolladores, sectores delincuenciales en particular. La prevención del delito ha tenido diversos enfoques, como aquellos referidos a las características físicas o sociales del delincuente, las referidas a la carrera delictual, la justificación de la actividad delictual, las de la anomia y, por supuesto, las teorías de la oportunidad.<sup>21</sup>

En cuanto al fondo de este ensayo, es necesario plantearse que hace viable la producción de estos ilícitos, así como la razón del porque estos terminan por efectuarse. No se trata solo de valorar el resultado del delito, sino que, para entender sus causas, es necesario evaluar e identificar su contexto espacial y temporal, así como los elementos sociales incidentes.

Para lograr una evaluación de ese tipo (referida a la explicación del delito desde un enfoque situacional) el modelo idóneo que ha producido la criminología es la Teoría de las actividades rutinarias (*A routine activity approach*), también conocida por Teoría de la oportunidad, producida originalmente por *Lawrence E. Cohen* y *Marcus Felson* en 1979. De la cual, y con motivo de la esencia del ensayo, expresé lo siguiente.

### **Los criterios útiles de la teoría de la oportunidad: con miras a prevenir el delito de negociaciones ilícitas.**

#### **Identificación de la teoría.**

La que se da en llamar teoría de la oportunidad en la realidad está materialmente representada por un ensayo académico intitulado “*for analyzing crime rate trends and cycle*”<sup>22</sup> (análisis

---

<sup>19</sup> José Ramón Agustina Sanllehí, *ET. AL., Crimen, oportunidad y vida diaria* (Madrid, Dykinson, 2015) 109.

<sup>20</sup> *Ibíd.* 111.

<sup>21</sup> Para una útil y amena reseña sobre estas teorías, Véase: Norberto J. de la Mata Barranco, *ET. AL., Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Madrid, Dykinson, 2018) 39-45.

<sup>22</sup> Lawrence E. Cohen, Marcus Felson, *Social change and crime rate trends: a routine activity approach* (Illinois, 1979, University of Illinois” 1. Al respecto y para su provecho, circula en el internet una versión traducida al español del ensayo citado, la cual no tiene ninguna identificación (no será oficial) pero, en lo

de las tendencias y tasas de delincuencia), desarrollado bajo una constante referencia a datos estadísticos reflejados por informes oficiales de agencias estadounidenses.

De la lectura del ensayo se advierte que pareciera que su intención era la de explicar, en primer término, a que se debía el aumento exponencial de algunos delitos violentos y no violentos, a través de la idea base de que son: un conjunto de elementos los que sumados producen la comisión de un delito.

No se refiere su enfoque a los sujetos delincuentes, ni a sus características físicas, preconcepciones o sentimientos, tampoco a su estatus social o condición económica, sino a que el entorno espacial o *ecología humana*, en conjunto con la verificación *simultánea* de otros elementos, son los componentes que sumados determinan a un sujeto a hacer efectiva la que hasta entonces era solo una posible inclinación delictiva.<sup>23</sup>

El ensayo de Cohen y Felson hace reiterado trato a la idea de que *los cambios en las actividades de rutina* pueden generar la mayor o menor comisión de cierta clase de delitos. Los autores exponen que, cuando las actividades de rutina, es decir, aquellas consideradas como actividades frecuentes y recurrentes que proporciona a la población y a los individuos la satisfacción de sus necesidades básicas,<sup>24</sup> tienen un cambio en cuanto a su estructura, puede producirse una mayor o menor alza de delitos. De lo anterior se deduce que las actividades de rutina son las que producen, o no, las condiciones necesarias para que se cometa un delito. Ahora, en el *ensayo* citado se es claro en cuanto a la determinación de su objeto de análisis, de modo que se trata de un análisis criminológico en relación a algunos delitos de contacto (sean violentos o no), como los de robo o hurto; sin embargo, como veremos, este ensayo se empeña en proporcionar criterios *aconicionados*, extraídos de la teoría de la oportunidad, no constituyendo una incongruencia con la teoría, por no pretender aplicarla nominalmente, y tampoco resulta intentar desmembrar su contenido, sino el evolucionar sus conceptos, ampliando su *ratio*.

Es así como en relación a esta teoría pueden identificarse postulados a saber: la evaluación del marco temporal y espacial del delito, que ese marco está constituido por actividades lícitas, reguladas y rutinarias, así como que se verifique un delincuente decidido, con

---

posible, confronté el texto original con la versión relacionada, la cual no tiene desviaciones considerables. Su enlace es <https://bit.ly/3yKhvtx>.

<sup>23</sup> *Ibíd.* 3.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, 8.

objetivos ideales y con la marcada ausencia de una vigilancia policial u oficial suficiente. Estos postulados vienen a ser las bases enunciativas del ensayo citado, que se exponen como verdaderos parámetros de análisis de fenómenos delictuales, que, en lo pertinente postuló como criterios útiles para prevenir el delito de negociaciones ilícitas en el marco de una licitación municipal, en los siguientes términos.

**Primer criterio: la licitación como una actividad de rutina.**

La licitación pública en El Salvador no es un instituto espontáneo, sino producto de una evolución lenta en la conciencia social,<sup>25</sup> ya que en un momento determinado se volvió necesario regular la forma en que las municipalidades adquieren productos o servicios. Esta nueva regulación (con LACAP) produjo un cambio en la estructura anterior, en cuanto al modo en que la administración municipal obtenía prestaciones.

Como sabemos, la nueva forma de contratar para la administración impuso como presupuesto un procedimiento administrativo de licitación, en el cual convergen rutinariamente algunos sujetos (recordemos que la licitación es un procedimiento, cuando menos, periódico) como los empleados de las UACI'S, los titulares de la municipalidad, los oferentes interesados, peritos, entre otros.

De lo anterior se pueden advertir ideas esenciales: en primer término, la licitación es una actividad regulada, y en consecuencia lícita. Se trata de una gestión ordenada por la Ley, y cuyos resultados son susceptibles de control judicial; en segundo término, este procedimiento es formal u organizado, debido a que cuenta con una estructura procedimental prefijada, así como con la determinación de los sujetos que han de integrarla.

La licitación es una actividad presupuestaria y nominal, su producción se verifica periódicamente, de manera que su planificación es marcadamente institucional. Quiere decir, que para que se produzca, desarrolle y culmine, es necesario la ejecución de ciertos actos que han de verificarse constantemente en un espacio de tiempo determinado.

Además, el objetivo de promover la licitación es satisfacer una necesidad pendiente o próxima por parte de la administración para asegurar su óptimo desempeño o el de alguna de sus dependencias en particular; de ahí que sea necesario que esta actividad tenga una

---

<sup>25</sup> Para una explicación suficiente y extraordinaria sobre la función legislativa y los caracteres de la norma jurídica, Véase: Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Buenos Aires, Ediar, 1956) 30-31 y 35-40, respectivamente.

conurrencia periódica establecida, ya que a su falta se podría generar la imposibilidad de prestar algunos servicios públicos esenciales o de ejecutar proyectos cuya mora sería peligrosa.

Así, es pertinente considerar a la licitación como una *actividad de rutina*, de acuerdo con que se trata de una actividad plenamente regulada y en consecuencia lícita, con la entrada en vigencia de LACAP, así como de una actividad que tiene por objeto satisfacer necesidades que permiten a su vez garantizar la satisfacción de otras necesidades (como las de sus usuarios) y, por último, debido a que son actividades organizadas, que forman una estructura fenoménica firme.

### **Segundo criterio del espacio y tiempo: la licitación pública municipal.**

La licitación pública inicia, se desarrolla y culmina<sup>26</sup> bien en la sede de la administración que la promueve, bien en la oficina particular de la UACI de que se trata (si es que no tiene su establecimiento centralizado). Es impulsada por el jefe de tal sección en coordinación con los empleados de la misma, así como de su titular.

Recordemos, al ser la licitación un procedimiento administrativo está estructurado conforme a fases y desarrollado con base a trámites, los unos personales y los otros en línea, a ese conjunto de actos procedimentales hemos de considerar como el *espacio* en el que se produce la licitación, para los efectos de este ensayo.

Este *espacio* material (sede, oficina, sección) reúne tanto a los miembros de la UACI, como al titular de la institución (alcalde) y a los terceros interesados en adjudicarse el proyecto en un solo lugar, de manera que su interacción puede ser directa sin más. Se entiende que esta interacción no sólo es lícita, sino ordenada por la Ley, pero conforme a ella se pueden advertir los primeros inconvenientes:

- Que si bien son las UACI'S las que dan impulso y desarrollo a las licitaciones, en realidad estas dependen directamente de la institución a la pertenecen, dado que esta institución es la empleadora de todos sus miembros,

---

<sup>26</sup> En relación con la licitación, vista como actividad de rutina, el criterio del tiempo tiene dos implicaciones diferentes a saber: el primero viene dado por la entrada en vigencia de la LACAP como norma reguladora de la misma, y el segundo, con el inicio del procedimiento de licitación mismo. Aquel se refiere al enfoque propio de la teoría, en como un fenómeno (jurídico en este caso) puede modificar la estructura de una actividad de rutina, y este al periodo de tiempo en el que tiene desarrollo (hasta su fin) la licitación.

- Así como, que los jefes de las UACI'S, quienes deberían ser sujetos totalmente independientes y que gocen de plena imparcialidad, resultan ser nombrados por los titulares de la institución (según nuestra normativa actual, en general resultan nombrados por los alcaldes o consejo municipal).

Esto refleja que la dinámica entre los miembros de la UACI y el titular de la municipalidad no solo es estrecha, sino también *vinculada*; y que la injerencia que produce este en aquellos puede ser significativa y directa, al converger todos en el mismo espacio.

Además, este espacio genera un vínculo de compromiso entre la UACI y sus empleadores (Municipalidad, mediante alcalde), debido a que son estos los que promueven y logran su nombramiento; también, al tratarse de un espacio hermético, secreto y confidencial (en cuanto a su procedimiento interno) auspicia una vía para el entendimiento personal y seguro, entre los miembros que concurren a él.

Es decir, se trata del desarrollo de un procedimiento en forma reservada, en donde y como se ha verificado, es posible llegar a acuerdos sobre el objeto del trámite, en muy diversos conceptos, los unos nominales y lícitos, los otros anormales e ilícitos. El *espacio* que produce la apertura de una licitación, hasta su culminación, es lo suficientemente seguro, confidencial, personal y acondicionado para que se produzca una negociación ilícita.

Piénsese en este cuadro fáctico; resulta que para lograr un futuro negocio los sujetos del grupo O deben abrir un concurso por oposición, para ello sus directores delegan a un sub-grupo denominado A, cuya misión será realizar ese concurso donde convocarán a comerciantes de un rubro específico.

Si se es atento, se identifica que en realidad ese concurso solo es un requisito formal, es un requerimiento para que tenga validez ese futuro negocio, pero en la realidad nadie contrata sino conforme a sus intereses, este es el caso de las negociaciones ilícitas. Los directores del grupo O, tal y como normalmente pasa, se ven confrontados por una oferta, que promete compensarlos con una suma de dinero considerable, a cambio de ajustar los extremos de ese concurso de manera que su resultado sea la adjudicación de ese contrato a un sujeto en particular.

En otras ocasiones lo que sucede es que los directores del grupo O ya tienen predispuesto que, si uno de los concursantes desea obtener la victoria del concurso, deben hacer efectivo el pago de alguna recompensa. Esto no solo sucede con los directores del grupo, en las

negociaciones ilícitas sucede de igual forma con los encomendados para llevar a cabo ese concurso (jefes, empleados) de tal forma que puede ser cualquiera de los sujetos que *deban* intervenir en ese *procedimiento* (espacio) quién podría producir un efecto positivo a un tercero, a cambio de una recompensa.

Entonces, verificadas las implicaciones del espacio, podemos advertir que se trata de una vía segura y lo suficientemente hermética como para poder detectar alguna anomalía paralela; el procedimiento de licitación, en cuanto a su regulación propia, no goza de una transparencia ideal, esto se confirma con la proliferación al alza de delitos de negociaciones ilícitas en el nuevo marco gubernamental, legislativo y judicial de El Salvador.

Las implicaciones delictivas que produce este espacio son tan efectivas debido al frágil y raquítico sistema de publicidad, combinado con una designación interesada de los miembros de cada UACI (al tratarse de una designación política), será lógico que estos procedimientos podrían actualizar su estado al de *corrupción* debido a la conformación de la estructura personal de la licitación municipal en conjunto con la poco rigurosa vigilancia oficial.

Habría que entender, sino es que ya se hizo, que, en este espacio, tanto los titulares de la municipalidad como los empleados de UACI pueden escabullirse en pos de sus beneficios particulares, acordando beneficiar a un tercero, con mayor facilidad, debido a la vinculación y dependencia que ambos tienen. La facilidad con la que se acuerdan estas negociaciones ilícitas es tan evidente, como poco seguro, público y vigilado sea el procedimiento de licitación municipal.

### **Tercer criterio: El negociante ilícito en el espacio y tiempo.**

Antes dijimos que, para aplicar esta teoría, cuyo objeto es el análisis de las causas del delito, es necesario que concurren tres elementos: que sean actividades de rutina, que se produzca en un marco de espacio y tiempo firme (constante) y, por último, que haya un delincuente decidido, con objetivos ideales y con la ausencia de vigilancia oficial suficiente, este último punto he de desarrollar.

Primero, la teoría de la oportunidad parte de la idea de que, no se es delincuente en razón de un carácter físico, por rasgos parentales, o por pertenecer a un colectivo cualquiera, sino con motivo de las características del entorno, de ahí que *la circunstancia hace al delincuente*. Se trata de que, en realidad, todos tenemos la capacidad (aunque sea mínima) de dirigir nuestros

actos conforme a la regla general enunciada en la norma, pero, que podríamos ignorar esa norma, de acuerdo a la circunstancia en la que nos encontramos.

De ahí que originariamente, sólo contemos con una posible inclinación delictiva, y que sea un conjunto de fenómenos, actos, personas y cosas (elemento situacional) las que actualicen esa inclinación y la vuelvan en actos concretos; este es el punto en el que se verifica a un delincuente decidido.

El espacio y el tiempo preciso (etapa, trámite, reunión, llamada) pueden producir la determinación a cometer un delito, la licitación auspicia el espacio y el tiempo adecuado para que un funcionario o empleado se determine a aceptar, o a condicionar, una recompensa prometiendo facilitar la victoria a alguien más, esto con más razón debido al ambiente pesado de intereses económicos que se produce en este marco.

Ahora, este delincuente decidido, además debe plantearse objetivos adecuados. No se trata de buscar obtener un beneficio particular en cada caso, sino analizar detenidamente las implicaciones según se trate del oferente, delegado de la UACI, posibles relaciones con los titulares de la municipalidad, posibilidad de obtener un lucro suficiente, etc. El negociante ilícito se plantea la meta ideal (obtener un lucro que valga la pena), así como actuar en el momento justo (espacio y tiempo). De este elemento se puede afirmar que las negociaciones deben cumplir con el carácter de *interés*, y, en consecuencia, ejecutarse con dolo.

Pero, ni la determinación, ni los objetivos adecuados pueden hacerse efectivos, si la vigilancia oficial es *estricta y rígida*. Aun con ello, esta carencia es la constante más evidente en los procedimientos de licitación municipal, al tratarse de actos generalmente a gran escala (a nivel nacional) resulta difícil su control eficaz, además de ello, es claro que la única unidad obligada del control y supervisión de estos procedimientos son las mismas UACIS, curiosamente aquellas las cuales son comúnmente vinculadas a la comisión del delito que trato.

En otras palabras, la vigilancia de estos procedimientos, y en consecuencia la prevención material de la comisión de delitos dentro de ellos, está encargada a la misma unidad que a su vez está conformada por funcionarios nombrados por el alcalde o consejo municipal, respondiendo aquella, naturalmente, a los intereses de estos. La vigilancia conferida a las UACIS será tan fuerte y rigurosa, dependiendo del alto nivel de dependencia tenga esta con sus titulares/empleador.

Se trata de una regulación que condiciona la independencia de las UACI, y al mismo tiempo la vuelve exclusiva, ya que al mismo tiempo que esta es dependiente laboralmente de sus titulares, es independiente en cuanto al control del procedimiento. Obsérvese esto con delicadeza, por un lado, siguen las órdenes de sus superiores (alcalde, consejo) y por otro, nadie puede controlar el procedimiento de licitación, más que ellos.

### **A MODO DE COLEGIR**

Como se planteó desde el inicio, este ensayo fue una *pretensión*; desde antes que siquiera iniciara el curso de especialización (que motiva este ensayo) sufría la marcada necesidad de exponer, de alguna forma, a los delitos de corrupción, como el de negociaciones ilícitas; y es que tengo presente su gravedad, así como la frustración que provoca, respecto de objetivos lícitos.

Ahora, en las páginas de este ensayo hemos podido entender el perfil de las negociaciones ilícitas, como miembro de los tipos de corrupción; sus consideraciones principales es que abarca dos supuestos diferentes, siendo que nosotros nos referimos exclusivamente al segundo. Así, se trata de un delito *especial*, dada la calidad requerida, además es un delito, que, según mi parecer, solamente puede ser cometido por dolo; como una conclusión añadida, el inciso final del art. 328 CP no debería ser considerado para temas de *tipicidad*; resultará extraño a esta clase de delitos la determinación de responsabilidad hacia un *particular*.

Sobre la licitación y los criterios enunciados, hemos de colegir conjuntamente, y es que se trata de la misma cara de una moneda. La licitación es, en nuestro caso, el objeto de análisis con base a la teoría, es el marco de nuestro experimento, el lindero material, y respecto de la municipalidad hay que ser *determinante* y exponer su fragilidad e inconsistencia. Pareciera que el *legislador* se determinó a crear un procedimiento falto de control policial, hermético, y seguro para negociar *ilícitamente*.

La regulación base de la licitación (LACAP) padece de un procedimiento de licitación tan susceptible de corrupción por sus sujetos; siendo una de sus principales causas, la falta de consideración respecto del marco situacional que produce la apertura de este procedimiento; un marco en que se ha dispuesto que sus vigilantes sean, aquellos que concurrentemente son procesados por esta clase de delitos.

Con tal, propongámonos desde este momento, a llevar un camino recto, puro y limpio, donde las pretensiones académicas, sociales y profesionales, sean mayores que aquellas económicas y vacías; siendo que, aun cuando se produzca la situación ideal, en el momento justo, con la ausencia de vigilancia, empeñemos nuestra imagen, razón y porte, para no caer en una tentación tan eventual como peligrosa.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Agustina Sanllehí, José Ramón, Fernando Miro Llinares, José Medina Sarmiento, Lucia Summers. Crimen, oportunidad y vida diaria. Madrid: Dykinson, 2015.

Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires: Ediar, 1956.

Cámara segunda de lo penal de la primera sección del centro. Sentencia en segunda instancia Ref. 114-2019. 13 y 17. 2019. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019.

Cohen, Lawrence E., Felson, Marcus. Social change and crime rate trends: a routine activity approach. Illinois: University of Illinois, 1979.

De la Mata Barranco, Norberto J., Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Adán Nieto Marín. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Madrid: Dykinson, 2018.

Donna, Edgardo Alberto. Delitos contra la administración pública. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2002.

Lascano, Carlos J.. Los principios constitucionales del derecho penal económico. Globalización y armonización del derecho penal económico. Argentina: Centro de investigación internacional en derecho penal económico, 2008.

Ley de Contrataciones y Adquisiciones de la Administración Pública. El Salvador: Asamblea Legislativa, 2000.

Leyva Estupiñán, Manuel Alberto, Larisbel Lugo Arteaga, Arlín Pérez Duharte. Revista Penal y Criminología: Las negociaciones ilícitas como delito funcional. valoraciones dogmáticas y análisis comparado. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Michel Rowland. La hora de la transparencia en América Latina: El manual de anticorrupción en la función pública. Argentina: Granica/Ciedla, 1998.

Moreno Carrasco, Francisco, Luis Rueda García. Código Penal de El Salvador comentado, tomo II. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.

Oficina Anticorrupción. Transparencia y lucha contra la corrupción en la administración pública: manual para el ejercicio de la función pública. Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Ética, 2009.

Vaquero Caballería, Marcos. Estudios sobre el procedimiento administrativo, Instituciones III. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.